



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Rodrigo Santos Valle

**OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E O DEVER
DE INDENIZAR**

Brasília
2014

Rodrigo Santos Valle

**OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E O DEVER
DE INDENIZAR**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Universidade de Brasília – UnB.
Orientador: Professor João Costa Ribeiro Neto

Brasília

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: VALLE, Rodrigo Santos.

Título: Omissão legislativa inconstitucional e o dever de indenizar.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 25.06.2014

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor João Costa Ribeiro Neto (Orientador)

Professor Jorge Amaury Maia Nunes

Professor Mauro Sérgio dos Santos

Professor Ademar Cypriano Barbosa

À minha mãe, por sempre pensar duas vezes:

Uma por ela, uma pelos filhos.

E nunca nessa ordem.

RESUMO

Na ordem constitucional brasileira atual, a noção de *efetividade* possui extremo relevo. Cuida-se da percepção da *eficácia social* da Constituição, isto é, da materialização de todo o direito construído em teoria pelo constituinte. Quando se leva essa discussão ao âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado, com atenção ao caminho traçado desde suas primeiras cogitações, observa-se a necessidade de ampliação dos imaginários tradicionais de aplicação do instituto. Nessa seara, percebe-se que se deve cogitar a responsabilização estatal advinda da insuficiência de proteção que surge com omissões legislativas, tema que, hoje, não possui consolidação. Nesta obra, (i) identificam-se os componentes basilares da responsabilidade civil extracontratual do Estado; (ii) analisam-se a efetividade das normas constitucionais e o controle da omissão legislativa; e (iii) apresentam-se fundamentos que demonstram a possibilidade de lesados por omissões legislativas inconstitucionais receberem indenizações do Poder Público — explorando, particularmente, o Recurso Extraordinário n.º 565.089, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que pode representar importante passo para a solução da controvérsia: nesse processo, discute-se a reparação pela mora na edição de lei que concretize a revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos, prevista no inciso X do art. 37 da CRFB/88. Comprova-se, no bojo do trabalho, que o reconhecimento do dever de indenizar torna-se necessário perante numerosos aspectos, como a força normativa da Carta Maior, a aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais, a inescusabilidade do Judiciário de apreciação de lesão ou ameaça a direito, a proibição ao enriquecimento ilícito do Estado e a força coercitiva de decisões que declaram a inconstitucionalidade de omissões do legislador.

Palavras-chave: responsabilidade civil do Estado; omissão legislativa inconstitucional; proibição da insuficiência (*Untermassverbot*); RE 565.089; revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos – art. 37, inciso X, da Constituição.

ABSTRACT

Within the current Brazilian constitutional order, the notion of effectiveness is extremely relevant. It is about the perception of social effectiveness in the Constitution, that is to say the materialization of all the law theoretically built by the constituent. When this discussion is scoped in the non-contractual State responsibilities, with due consideration to the path outlined since their first cogitations, the need to expand the traditional imagery related to the usage of this norm is observed. In this regard, it is noticeable that we may consider the responsibility derived from deficient protection arising from legislative omission and such theme is not consolidated nowadays. In this work, (i) the building blocks of the non-contractual State responsibilities are identified; (ii) the effectiveness of the constitutional rules and the control of legislative omission are analysed; and (iii) pleas indicating the possibility for an aggrieved subject to receive a compensation from the Government for unconstitutional legislative omissions are presented — particularly exploring the *Recurso Extraordinário* no. 565.089, which is in course at the Brazilian Supreme Court, and it might represent an important step in order to solve the controversial issue: within this process, a reparation for the delay in issue of law that substantiates the annual review of earnings for civil servants, set forth in subsection X of article 37 in the Constitution of the Federative Republic of Brazil is argued. It is proved thus, in the scope of this work, the acknowledgement of the obligation to compensate is a need in different ways, as the normative strength of the *Magna Carta*, the immediate application of fundamental rights and guarantees, the Judiciary undeniability in relation to the evaluation of infringement or threat to rights, the prohibition to unlawful enrichment of the State and the coercive power of decisions which declare unconstitutionality due to legislator's omission.

Key words: State civil responsibility; unconstitutional legislative omission; prohibition of insufficient means (*Untermassverbot*); RE 565.089; annual review of earnings for civil servants – subsection X of article 37 in the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO.....	11
2.1 Conceito, fundamentos, princípios e funções.....	11
2.2 Desenvolvimento histórico.....	14
2.2.1 Evolução na legislação brasileira.....	19
2.3 Aspectos processuais gerais da ação de reparação de danos em face do Estado...	23
2.4 “A quarta e nova fase” — o entendimento atual.....	27
2.4.1 Responsabilidade do Estado por atos legislativos.....	28
2.4.2 Responsabilidade por atos judiciais.....	29
2.4.3 O <i>Untermassverbot</i> (proibição da insuficiência) e a responsabilidade por omissão.....	30
3 A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA.....	35
3.1 A eficácia das normas constitucionais.....	35
3.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena.....	37
3.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida.....	38
3.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada e a imprescindibilidade de atuação do legislador.....	39
3.2 A configuração da inconstitucionalidade da omissão legislativa.....	40
3.3 Remédios processuais contra a omissão legislativa inconstitucional.....	44
3.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão — considerações gerais e efeitos das decisões.....	46
3.3.2 Mandado de Injunção — considerações gerais e efeitos das decisões....	49
4 A RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL DECORRENTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL.....	53
4.1 Posicionamentos contrários ao reconhecimento do dever de indenizar do Estado.....	53
4.1.1 A violação ao princípio da separação dos poderes; a Súmula n.º 339 do Supremo Tribunal Federal.....	53

4.1.2 A doutrina consequencialista; o princípio da reserva do possível.....	57
4.1.3 O direito subjetivo à edição de leis.....	58
4.2 Posicionamentos favoráveis ao reconhecimento do direito a indenização; a configuração de danos morais.....	61
4.2.1 Vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública.....	64
4.2.2 A inescusabilidade do Judiciário na apreciação de lesão ou ameaça a direito.....	65
4.2.3 A necessidade de garantia do cumprimento das decisões em controle de omissão legislativa.....	65
4.3 O RE 565.089.....	66
4.4 A solução à controvérsia — síntese dos patamares de admissão do direito a indenização.....	71
5 CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	77

1 INTRODUÇÃO

Muito se discute acerca da efetividade das normas constitucionais, sobretudo após o advento da Constituição da República de 1988. Funda-se grande parte da discussão no fato de que o novo texto constitucional trouxe diversos dispositivos que dependem da atuação de órgãos específicos, como as casas legislativas, para a concretização dos direitos ali assegurados.

Quando esses órgãos omitem-se no cumprimento das normas, isto é, quando permanecem inertes perante o comando constitucional, os cidadãos podem sofrer danos graves e diretos, pois ficam sujeitos ao bel-prazer do Administrador Público. Discute-se, assim, se esses atos omissivos seriam capazes de gerar o direito a indenização pelos danos sofridos.

Nesse cenário, imperioso destacar a previsão do parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição, segundo o qual “[a]s pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”: é exatamente sobre esse dispositivo que circundam os aspectos aqui examinados.

Analisa-se, especificamente, a responsabilidade estatal por danos decorrentes de omissões legislativas¹; estuda-se a garantia da *eficácia social* de normas constitucionais que exigem regulamentação específica.

Atualmente, não há qualquer consolidação acerca da possibilidade de responsabilização do Estado em tais casos — os entendimentos proferidos pelos diversos tribunais e doutrinadores brasileiros são, por vezes, diametralmente opostos. Portanto, tenta-se oferecer uma proposta sobre a admissão do direito a indenização nessas hipóteses.

Para esse fim, dividiu-se este trabalho, basicamente, em três partes. Em um primeiro momento, identificam-se os componentes basilares da responsabilidade civil extracontratual do Estado, passando por seus conceitos, fundamentos, características,

¹ Desde já, convém ressaltar que a referência à omissão legislativa não implica apenas responsabilidade do Congresso Nacional. Em alguns casos, a deflagração do processo legislativo é de reserva privativa de autoridade ou órgão que não integra o Poder Legislativo. É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses dos incisos do § 1º do art. 61 da Constituição de 1988, que trata de leis de iniciativa privativa do Presidente da República. Portanto, neste trabalho, quando se faz menção à edição de leis pelo Poder Legislativo, abrangem-se os casos em que o processo legislativo não parte, propriamente, das casas legislativas.

princípios e funções: percorre-se, assim, um traçado histórico acerca do instituto. Nesse ponto, verificar-se-á o surgimento de uma nova fase em sua linha histórica, que tem revelado possibilidades de responsabilização outrora inconcebíveis. Dentre essas novas perspectivas, a que decorre da omissão legislativa inconstitucional.

Em seguida, investigam-se especificamente a efetividade das normas constitucionais e o controle da omissão legislativa. Essa parte é de crucial relevância, pois são demonstrados aspectos acerca do grande desafio atual de concretização das normas constitucionais. Ainda nesse ponto, são verificados os mecanismos para o alcance de comandos jurisdicionais que declaram a inconstitucionalidade das omissões do legislador, bem como os efeitos dessas decisões.

As duas partes iniciais consolidam o arcabouço teórico necessário para a consecução do objetivo geral da pesquisa: no capítulo final, demonstram-se fundamentos que evidenciam a possibilidade de responsabilização. Percorrem-se, também, argumentos desfavoráveis, para que se atinja uma conclusão sólida e bem embasada. Nesse diapasão, examinam-se algumas decisões judiciais, com foco no Recurso Extraordinário n.º 565.089, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Nesse recurso, discute-se o direito a indenização por danos decorrentes da mora do legislador em concretizar o preceito do inciso X do artigo 37 da Carta Magna, que trata da revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos.

Na parte final, por meio do exame de diferentes posições doutrinárias e assertivas jurisdicionais, são alcançados os elementos necessários para a propositura de patamares à aplicação do instituto à hipótese em tela.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Para alcançar alguma resposta sólida ao que se procura no presente estudo, faz-se necessário analisar a responsabilidade extracontratual do Estado a partir das características básicas que a compõem. Isso implica a pesquisa de conceitos, fundamentos, princípios e funções, sempre com vistas ao seu desenvolvimento histórico, que atualmente atinge uma nova fase, reveladora de possibilidades antes inimagináveis. É o que passa a ser demonstrado.

2.1 Conceito, fundamentos, princípios e funções

O tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado surge diante de atos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário que causem danos aos cidadãos. O termo *extracontratual* é usado por não se tratar da responsabilidade advinda dos contratos administrativos, os quais possuem previsões próprias para a reparação de danos. E fala-se em responsabilidade *civil* em virtude da remissão a institutos próprios do Direito Civil, evidenciada pela usual conversão em pecúnia das lesões sofridas.

Cuida-se de danos causados em razão do desempenho de qualquer atividade estatal, e não apenas da função administrativa. Na busca de um conceito, podemos utilizar as conclusões de DI PIETRO (2013, p. 698), segundo a qual “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

Por esse conceito, nota-se que a responsabilização estatal possui como fundamento o que se enxerga desde as primeiras noções jurídicas atribuídas à responsabilidade civil: a conhecida fórmula romana *neminem laedere* (não lesar ou ofender o próximo: ULPiano: *Digesta*, 1.1.10.1) — nesse sentido, o que MARCOS BERNARDES DE MELLO (2000, pp. 221 e 222) denomina *princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais*, segundo o qual “[a] ninguém é dado interferir, legitimamente, na esfera jurídica alheia, sem o consentimento de seu titular ou autorização do ordenamento jurídico”. Consequentemente, aquele que transgredir a esfera jurídica de outrem, causando-lhe danos, deve indenizá-lo, conforme dispõe RUI STOCO (2011, p. 131):

Os princípios do *neminem laedere* (não lesar ninguém) e do *alterum non laedere* (não lesar outrem) dão a exata dimensão do sentido de

responsabilidade. A ninguém se permite lesar outra pessoa sem a consequência de imposição de sanção.

[...]

A ninguém é permitido lesar o seu semelhante. O sistema de Direito positivo estabelecido repugna tanto a ofensa ou agressão física como a moral, seja impondo sanção de natureza penal, ou de natureza civil, também sancionatória, mas de caráter pecuniário, ainda que se cuide de ofensa moral.

Podem-se verificar, atualmente (adiante serão traçados comentários acerca da evolução histórica do instituto), alguns princípios norteadores da responsabilidade civil do Estado. Sabe-se que a delimitação de princípios, nos diversos ramos do Direito, motiva longas discussões², o que nos leva a adotar, nesta obra, os dizeres de PAULO LUIZ NETTO LÔBO (2005, p. 14), que ressalta três valores essenciais: (i) a primazia do interesse da vítima; (ii) a máxima reparação do dano; e (iii) a solidariedade social.

O primeiro desses valores (primazia do interesse da vítima) diz respeito à necessidade de encontrar soluções que não deixem a vítima desamparada. É o que se observa, em verdade, na responsabilidade civil em geral, e não apenas na estatal, mas é nessa última que temos a aplicabilidade perfeita do princípio. Isso porque o cidadão estará sempre em posição de grande inferioridade econômica em relação ao Estado.

O segundo valor apresentado por PAULO LÔBO (máxima reparação do dano) confunde-se com o anterior, porque se refere à imprescindibilidade da mais ampla reparação do dano sofrido. Em outros termos, a indenização deve abarcar a integralidade do dano, seja ele moral, material ou estético.

Por fim, o princípio da solidariedade social traduz a ideia de que os danos decorrentes da atividade estatal sofridos exclusivamente por uma pessoa devem ser distribuídos e suportados equitativamente pela sociedade. Exatamente por isso, fala-se em *indenização*, a qual advém do dinheiro público. Tal princípio surge a partir da percepção de

² A respeito da delimitação de princípios em nosso ordenamento jurídico, interessante destacar o que LÊNIO STRECK denomina *pan-principiologismo*. Esse autor faz duras críticas à identificação irrestrita de princípios no Direito nacional. É o que se observa de suas palavras no trecho seguinte, retirado de coluna do sítio eletrônico Consultor Jurídico (2012): “[...] venho denunciando de há muito um fenômeno que tomou conta da operacionalidade do direito. Trata-se do pan-principiologismo, verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade. Há milhares de dissertações de mestrado e teses de doutorado sustentando que ‘princípios são normas’. Pois bem. Se isso é verdadeiro – e, especialmente a partir de Habermas e Dworkin, pode-se dizer que sim, isso é correto – qual é o sentido normativo, por exemplo, do ‘princípio’ (sic) da confiança no juiz da causa? Ou do princípio ‘da cooperação processual’? Ou ‘da afetividade’? E o que dizer dos ‘princípios’ da ‘proibição do atalhamento constitucional’, da ‘pacificação e reconciliação nacional’, da ‘rotatividade’, do ‘deduzido e do dedutível’, da ‘proibição do desvio de poder constituinte’, da ‘parcelaridade’, da ‘verticalização das coligações partidárias’, da ‘possibilidade de anulamento’ e o ‘subprincípio da promoção pessoal’? [...]”

que, se os benefícios da atuação estatal abrangem a todos, eventuais prejuízos não podem ser suportados individualmente.

Analizados os princípios reitores, cumpre analisar as funções basilares da responsabilidade extracontratual do Estado em nosso ordenamento. Mais uma vez, voltemos ao Direito Privado, através do qual constatamos três funções essenciais da responsabilidade civil: (i) preventiva; (ii) reparatória/compensatória; e (iii) social (realizadora da justiça material) (BRAGA NETTO, 2012, pp. 49–55).

A primeira (preventiva) diz respeito à atual função ético-social de prevenir danos. Isto é, a responsabilização também deve cumprir o papel de evitar a ocorrência, a continuação ou a repetição das lesões.

Como função preventiva, a responsabilidade civil também assume caráter pedagógico, o que não está previsto na legislação, mas já encontra amplo reconhecimento na doutrina e na jurisprudência nacionais. Esse caráter da responsabilização visa a desestimular o autor do dano à prática de atos idênticos e a servir de exemplo para que outros também não o pratiquem. Cuida-se dos denominados *exemplary or punitive damages* do direito norteamericano, consoante anota CLARISSA VELLOSO PASSARINHO (2013, pp. 21 e 24):

De acordo com a definição dada pelo *Restatement of Torts*, os *punitive damages* são aplicados separadamente dos danos de natureza compensatória com intuito de punir o ofensor por uma conduta ultrajante e revoltante e de dissuadir tanto ele quanto outros como ele a praticarem condutas similares no futuro.

[...] o que se busca com os *punitive damages*, como já ressaltado, não é apenas compensar a vítima pelo dano sofrido, mas sancionar os ilícitos de maior grau de reprovabilidade, punindo o ofensor pela grave conduta por ele perpetrada e desestimulando tanto ele quanto a sociedade em geral a cometerem atos de gravidade semelhante.

Como já anunciado, a responsabilidade civil também possui função reparatória/compensatória. Sua primeira forma (reparatória) é própria dos danos materiais: ocorrido o dano a determinado bem, é possível que se retorne ao estado anterior ou que se atinja o valor monetário suficiente para sua substituição. É o caso dos tradicionais danos a veículos. A segunda forma (compensatória) é própria dos danos morais: em tais casos, a indenização serve apenas para atenuar a dor da lesão/perda, dado que o retorno ao estado anterior é impossível. É o que acontece quando há o falecimento da vítima.

Por último, temos a responsabilidade civil como realizadora da justiça material: a função social do instituto, que visa à obtenção de equilíbrio das relações jurídicas. Há que se buscar, sempre, uma tutela que resguarde o bem da vida, para a manutenção das relações

jurídicas anteriores ao dano. A indenização, portanto, é subsidiária, mas não por isso pode ser fixada em afronta a direitos fundamentais da vítima. A responsabilidade civil cumpre, assim, o seu fundamento basilar acima indicado: busca-se manter, efetivamente, a primazia da fórmula romana *neminem laedere* (não lesar ou ofender o próximo).

2.2 Desenvolvimento histórico

Também imprescindível uma análise histórica acerca do surgimento e da evolução da responsabilidade civil extracontratual do Estado, para que sejam bem identificados seus elementos caracterizadores. Com a certeza de que um estudo detalhado sobre suas bases históricas demandaria um trabalho próprio, tentemos, com vistas ao que se procura alcançar na pesquisa em voga, delimitar os aspectos mais marcantes de seu desenvolvimento.

Costuma-se delimitar a evolução da responsabilidade estatal por meio de uma divisão temporal entre três significativas fases. Vejamos suas características.

Em um primeiro momento, não se cogitava qualquer possibilidade de responsabilização do Estado por danos causados aos cidadãos. Era o que acontecia nos Estados despóticos ou absolutistas, nos quais se observou a hoje repudiada irresponsabilidade estatal. As tradicionais expressões *quod principi placuit legis habet vigorem* (o que agradou ao príncipe tem força de lei: ULPiano, *Digesta*, 1.4.1pr) e *l'État c'est moi*³ (o Estado sou eu) podem resumir de forma clara a situação vivenciada nessas sociedades. Felizmente, nos tempos atuais, face à ampliação dimensional de direitos fundamentais, a irresponsabilidade estatal reside apenas nos textos históricos.

Em seguida, teve início a fase civilista, que muito contribuiu para as concepções atuais da matéria, pois houve grandes objeções teóricas ao âmbito da irresponsabilidade. Nesse período, inaugurado com a queda do absolutismo, a partir do século XIX, finalmente se passou a tratar, ainda que timidamente, da possibilidade de responsabilização estatal.

³ A frase é tradicionalmente atribuída a LUÍS XIV. Porém, não há grandes evidências desse fato. Segundo a história comum, LUÍS XIV teria proferido a expressão em 1655, com apenas 17 anos, interrompendo palestra que tratava de assuntos do Estado. Acontece que a primeira menção a esse acontecimento surge somente dois séculos depois, em 1834 (DULAURE, Jacques-Antoine. *Histoire civile, physique et morale de Paris*, vol. 6, p. 298). De todo modo, vale o registro da essência da frase para ilustrar a concepção de poderes ilimitados e incontestáveis do Rei.

A teoria civilista cuida da responsabilidade subjetiva — quando comprovada a culpa do ente público, pode haver responsabilização. Nesse meio, destacou-se a consagrada distinção entre (i) atos estatais de gestão (*acta iure gestionis*), em que o Estado se equipara a particulares, promovendo a gestão de interesses públicos e necessidades sociais (progresso, bem-estar, cultura etc.); e (ii) atos de império (*acta iure imperii*), ou seja, o exercício da soberania estatal, onde há o desempenho de atividades essenciais à própria existência do Estado (atos de legislar e julgar, entre outros).

Sob o primeiro grupo, o Estado pratica atos que poderiam ser exercidos pelos particulares. Desse modo, entendeu-se que caberia responsabilização dos entes públicos por atos lesivos aos cidadãos da mesma forma em que se poderia responsabilizar empresas privadas que desempenhassem tais funções.

Quanto ao segundo conjunto, tem-se a impossibilidade de reparação de danos oriundos de tais atos, conforme registro de YUSSEF SAID CAHALI (2013, p. 20):

Agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supraindividual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação.

Não muito depois, essa divisão da personalidade estatal passou a representar demasiado entrave à responsabilização, o que gerou crescentes contestações e o início da atribuição de ideias publicistas à caracterização do instituto.

O primeiro passo na elaboração de teorias da responsabilidade segundo princípios do Direito Público foi dado no julgamento do célebre caso Blanco, de 1873. Naquele momento, o Conselho Francês admitiu a responsabilidade do Estado mesmo que a culpa não pudesse ter sido imputada a determinado agente, consoante descrição fática de DI PIETRO (2012, p. 700):

A menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

A partir de então, surge o termo francês *faute de service* (ou, mais corretamente, *responsabilité pour faute de service*), que pode ser traduzido como *culpa do serviço*. Nessa concepção, o Estado devia indenização porque era ele o causador do dano, sendo autônoma a responsabilidade em relação à culpa do agente. Embora imprescindível o elemento subjetivo, a culpa individualizada passou a ser apenas uma de suas faces (FERREIRA, 2006, p. 282).

Em outras palavras, nasce a teoria da culpa administrativa. Sua diferença em relação à teoria civilista consiste na atribuição de culpa à própria Administração, e não mais apenas ao agente praticante do ato lesivo.

A respeito da caracterização dessa “culpa anônima” do serviço público, vejamos o que afirma SÉRGIO CAVALIERI FILHO (2012, p. 255):

De acordo com essa nova concepção, a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à ideia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.

Constata-se que ainda se destacava a presença inafastável do elemento *culpa*, ainda que de forma não determinada ou imputada especificamente a algum agente. Essa noção passa a ser superada com a *teoria do risco*. Para essa teoria, também publicista, bastava a configuração do dano para que houvesse a possibilidade de responsabilização estatal. Isso porque a *culpa* da Administração seria presumida perante qualquer omissão, atraso ou mau funcionamento do serviço público. Surge o principal fundamento da *responsabilidade objetiva do Estado*.

Segundo essa concepção, substitui-se a *culpa* pelo *nexo de causalidade* entre o (mau) funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo cidadão. É o que aponta DI PIETRO (2012, p. 701), destrinchando os pressupostos da responsabilização, que posteriormente serão especificados:

Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado por um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.

Em outros termos, a possibilidade de responsabilização deixa de se fundamentar na *culpa*, adquirindo o *risco da atividade estatal* como fundamento norteador. De acordo com a teoria objetiva, o dever de ressarcir prejuízos é atribuído àquele que explore determinada atividade ou pratique determinados atos suscetíveis de causar danos a terceiros (FURTADO, 2012, p. 847).

Nessa seara, importante ressaltar os riscos da atribuição de uma responsabilidade irrestrita aos atos do Estado. Como se especificará adiante, os danos podem ser causados por motivos de força maior, por culpa exclusiva da vítima ou por terceiro que não se enquadra como agente público. Dessarte, aplicar incondicionalmente ao Estado o dever de reparar pode trazer caos ao sistema. Outrossim, há casos em que a vítima concorre para o dano, pelo que não se pode atribuir ao Estado a totalidade do valor reparatório. Por outro lado, existem específicas hipóteses onde a ocorrência do dano, por si só, é capaz de gerar a indenização. Esses aspectos podem ser observados das palavras de JULIANA LUVIZOTTO (2012, p. 35), no trecho abaixo:

Cabe ressaltar, todavia, que a dispensa na perquirição da culpa não se traduziu na admissão de uma responsabilidade estatal de forma irrestrita, já que isso, por certo, conduziria à própria inviabilidade da atuação do Estado. Com a ênfase na causalidade, a exclusão ou atenuação do dever indenizatório passaram também a orbitar sobre o exame dos fatores que ocasionam o dano, de modo que são as hipóteses de quebra do nexo de causalidade que mitigam a responsabilidade.

Assim, nos casos em que houver culpa total do lesado no evento ou, ainda, quando o fato decorrer de culpa de terceiro ou de força maior afasta-se a reparação, enquanto que, nos casos em que houve culpa concorrente da vítima, tal obrigação encontra-se amenizada.

Com efeito, existem duas modalidades admitidas pela teoria objetiva, quais sejam: (i) risco administrativo; e (ii) risco integral. A primeira é exatamente a que admite as excludentes acima citadas; a segunda, não.

Essa última é adotada, no direito brasileiro, nos casos em que ocorrer dano a particular decorrente da exploração, pela União, de energia nuclear (Constituição da República, artigo 21, inciso XXIII, item “d”⁴). O Poder Público terá sempre o dever de indenizar, mesmo que a vítima seja exclusivamente culpada. Suponhamos que algum cidadão,

⁴ Art. 21. Compete à União:

XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:
d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

em visita a uma usina nuclear, sofra qualquer tipo de dano. Ainda que seja ele o culpado por esse dano por ele próprio sofrido, não se afastará a responsabilidade civil da União (FURTADO, 2012, p. 847).

Quanto à primeira modalidade (risco administrativo), há duas excludentes da responsabilização: (i) culpa exclusiva do particular ou de terceiro; e (ii) motivos de força maior.

No primeiro caso, a pessoa que pleiteia a reparação não precisa demonstrar a culpa do Poder Público. Contudo, se a União provar a culpa do particular, eximir-se-á da responsabilidade. Em outras palavras, o ônus é do Estado.

Se ocorre uma colisão entre o veículo de um particular e um veículo do Poder Público, basta que a vítima demonstre a existência do dano e o nexo de causalidade com a colisão, independentemente da culpa. Por sua vez, caso o Estado prove que o dano foi causado unicamente por imprudência do cidadão, não terá o dever de indenizar — haverá, na verdade, dever do próprio particular de reparar eventuais danos causados ao veículo oficial. Se não identificado o culpado, o Estado deve indenizar, em virtude de seu *onus probandi* não satisfeito. Se a culpa houver sido concorrente, os danos são divididos entre as partes.

No que concerne à segunda excludente, tem-se a força maior, por ser acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade do homem⁵. A título ilustrativo, podemos citar os terremotos e tempestades. Em princípio, exime-se o Estado da responsabilização, porque não há nexo de causalidade entre o dano e a sua atuação. Entretanto, essa responsabilidade pode restar caracterizada, desde que eventual omissão do Poder Público corrobore para o resultado danoso.

Imaginemos chuvas extremamente fortes que provoquem o deslizamento de terra em determinada cidade, de forma a gerar danos aos habitantes. O Estado será responsável caso se demonstre que a adequada prestação de serviços públicos básicos de infraestrutura evitaria tais prejuízos. Em hipóteses como essa, o Estado responde porque,

⁵ Há controvérsias acerca da conceituação e diferenciação de *força maior* e *caso fortuito*. Adotamos a concepção segundo a qual apenas a *força maior* seria considerada causa excludente de responsabilização. Conosco, THEMISTOCLES CAVALCANTI (1964, p. 417 *apud* CAHALI, 2013, p. 48): “Caso fortuito e força maior têm elementos comuns, a imprevisibilidade e a irresistibilidade, mas separam-se quanto à interioridade (caso fortuito) ou exterioridade (força maior); enquanto a força maior é um elemento estranho à atividade exercida, e da qual decorre a obrigação, que determina o dano, no caso fortuito é uma causa interna, inerente ao próprio serviço, à própria atividade, que ocasionou o dano: força maior será a tempestade, será a inundação, será o raio; caso fortuito será o cabo de uma instalação que se rompe, será a peça de uma máquina que despenca, produzindo acidente e danos materiais ou pessoais.”

apesar da existência de causa imprevisível, inevitável e estranha à vontade das partes, os danos não teriam ocorrido se não tivesse havido falha na prestação do serviço.

Com tais elucidações, conclui-se o caminho histórico pelas teorias da responsabilização estatal; resta necessário adentrar às regras básicas da legislação brasileira, para situar devidamente o tema dentro do nosso ordenamento.

2.2.1 Evolução na legislação brasileira

Ab initio, deve-se destacar que o princípio da responsabilidade estatal sempre esteve presente nas ordens constitucionais brasileiras, mesmo quando inexistente previsão legal expressa nesse sentido.

Deveras, as Constituições de 1824 e 1891 já previam, apesar de silentes acerca da responsabilização do próprio Estado, a responsabilidade dos agentes públicos em casos de abuso ou omissão no exercício de suas funções.⁶ E, apesar da omissão daqueles textos constitucionais, já havia leis ordinárias com as primeiras previsões da responsabilidade estatal. Por sua vez, os tribunais admitiam-na como sendo solidária à responsabilidade dos funcionários públicos. Nessa perspectiva, como bem anota YUSSEF CAHALI (2013, p. 28), a obra clássica de AMARO CAVALCANTI — *Responsabilidade civil do Estado* —, cuja primeira edição data de 1905, é a expressão mais eloquente de que aquela responsabilidade sempre foi reconhecida em nossos hábitos jurisprudenciais no início da República.

Por oportuno, destaque-se trecho do prólogo do trabalho de AMARO CAVALCANTI (p. 10), no qual também chama atenção a escrita do período:

Ainda que a legislação dos diversos povos careça ainda de disposições de caracter geral, que assim o declarem, não é menos verdade, que a responsabilidade do Estado já se acha reconhecida por disposições especiaes, relativas a certos ramos do publico serviço — e a consciencia juridica moderna reclama, cada vez com maior insistencia, que dita responsabilidade seja consignada, como regra geral do direito positivo, por assim ser necessario ao cumprimento da verdadeira justiça.
Com effeito, no estado actual da razão scientifica o unico ponto de partida verdadeiro é este: o direito é a regra de conducta e proceder, tanto dos individuos, como do Estado; consequentemente, assim como succede com os

⁶ Art. 179, XXIX, da Constituição de 1824: Os Empregados *Publicos* são *strictamente responsaveis* pelos abusos, e omissões praticadas no *exercicio* das suas *funções*, e por não fazerem *effectivamente responsaveis* aos seus subalternos.

Art. 82 da Constituição de 1891: Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

individuos, assim também deve o Estado, em principio, responder pelos propios actos, — salvo si uma razão jurídica superior fizer cessar occasionalmente a sua responsabilidade.

Com a promulgação do Código Civil de 1916, explicitou-se a existência da responsabilidade civil do Estado. Em seu artigo 15, o Código dispunha que “[a]s pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Em sequência, a Constituição de 1934 acolheu a responsabilização solidária já reconhecida na jurisprudência. Em seu artigo 171, determinava que “[o]s funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.⁷

Através da Constituição de 1946, adotou-se a teoria objetiva⁸, pelo disposto no artigo 194, segundo o qual “[a]s pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

⁷ Oportuno destacar os parágrafos desse dispositivo:

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

⁸ Conforme anota DI PIETRO (2012, p. 703), observava-se, diante do supramencionado artigo 15 do Código Civil de 1916, a ideia de que a culpa do funcionário público seria necessária para a responsabilização do Estado, em virtude da expressão *procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*. Porém, a imprecisa redação do dispositivo permitia que alguns autores defendessem a teoria da responsabilidade objetiva, a qual foi claramente adotada apenas com a promulgação da Constituição de 1946.

Ainda sobre o tema, YUSSEF CAHALI (2013, p. 29) destaca que, no contexto individualista que remarcava o período de promulgação do Código Civil de 1916, o disposto no artigo 15 não teria ultrapassado os limites da teoria civilística da responsabilidade do Estado, só a reconhecendo quando tivesse ocorrido dolo ou culpa do funcionário-representante. Veja-se: “Assim, Clóvis Beviláqua, definindo o ato gerador da responsabilidade para a pessoa jurídica de direito público como *um ato ilícito do representante do Poder Público*, colocava como condição dessa responsabilidade ‘que o ato seja *injusto*, ou por omissão de um dever prescrito em lei, ou por violação do direito’.

Dáí, aliás, ter pretendido Numa P. do Valle que ‘a responsabilidade estatuída no art. 15 do Código Civil [de 1916], para as pessoas jurídicas de direito público, há de ser entendida de acordo com o art. 1.523 do mesmo Código [excetuadas as do art. 1.521, n.º V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte]’.” (CAHALI, 2013, p. 29, acréscimos nossos)

A Constituição de 1967 foi mais direta quanto à adoção da teoria objetiva: “Art. 105. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.” O dispositivo foi repetido no artigo 107 da Emenda Constitucional de 1969.

A atual regra geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado encontra-se no parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição da República, que ampliou a extensão da responsabilidade: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Nota-se, nesse dispositivo, a continuidade da presença dos elementos do que foi demonstrado acima acerca da responsabilidade objetiva; ou seja, segue-se a teoria do *risco administrativo*.

Por sua vez, o *risco integral*, como exposto no tópico anterior, encontra previsão apenas na alínea “c” do inciso XXIII do artigo 21 da Carta Magna, que trata de danos nucleares. Entretanto, não se deve descartar a possibilidade de adoção da teoria do risco integral em alguns outros casos excepcionais, ainda que não haja previsão constitucional. É o que têm feito nossos tribunais. Veja-se o exemplo dos acidentes ferroviários envolvendo atropelamento de pessoas que transitam nas linhas férreas. Nessas hipóteses, aplica-se a teoria do risco integral, sem que a culpa da vítima seja utilizada para eximir ou atenuar a responsabilidade do poder público (FURTADO, 2012, p. 851).

O Código Civil de 2002 busca findar a imprecisão advinda do artigo 15 do Código de 1916. Determinou-se, em seu artigo 43, que “[a]s pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. Todavia, esse dispositivo está atrasado com relação à Constituição de 1988, pois deixa de fazer referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Feitas tais considerações, passamos à análise dos elementos constantes do parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição da República, para que possamos identificar com detalhes as características da regra constitucional.

Primeiramente, deve o ato ser praticado por **agente de pessoa jurídica de direito público**⁹ ou de **pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público**, quais sejam: empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais e demais entidades com personalidade jurídica de direito privado que recebam delegação do Poder Público para a prestação de serviço público, incluindo-se as entidades do terceiro setor.

Destaque-se que o termo “agente” abrange todas as categorias: agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração. Por sua vez, o agente público deve causar o dano **enquanto agente público**, isto é, deve ter praticado o ato danoso durante o exercício de suas funções.

Em segundo lugar, deve-se ressaltar a **prestação de serviço público**: os agentes mencionados somente responderão quando os danos advierem precisamente da prestação de serviços públicos. Assim, o exercício de qualquer atividade de natureza privada, por exemplo, não está sujeito aos ditames do parágrafo sexto do artigo 37.

Como terceiro elemento, pode-se mencionar que os danos devem ser causados a **terceiros**. Não importa se o terceiro é usuário ou não de serviço público; em ambos os casos, isto é, qualquer que seja a vítima, o Estado deverá indenizar.

Por último, importante retomar o conceito de responsabilidade civil extracontratual do Estado utilizado no início do presente estudo¹⁰, para que se comente a possibilidade de responsabilização decorrente de atos lícitos e ilícitos.

Com efeito, utilizando-nos mais uma vez do que afirma DI PIETRO (2012, p.706), atos lícitos que causem **dano anormal e específico** conduzem ao dever de indenizar. Vejamos o exemplo apresentado pela autora, que trabalha conjuntamente os artigos 188, inciso II¹¹, e 929, do Código Civil:

⁹ Artigo 41 do Código Civil de 2002: **São pessoas jurídicas de direito público interno:**

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

¹⁰ A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos (DI PIETRO, 2012, p. 698).

¹¹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Não obstante a licitude dos atos praticados com base no artigo 188, inciso II, o Código Civil não afasta a responsabilidade civil de quem os praticou. Pelo artigo 929, “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”. Vale dizer que incide a responsabilidade do Estado, com a excludente de culpa da pessoa lesada ou do dono da coisa. (p. 706)

Ante o exposto até aqui, resta demonstrada a evolução de nossos textos legais acerca da responsabilização do Estado. Pode-se, agora, situar sistematicamente e de forma positivada o tema em pesquisa.

2.3 Aspectos processuais gerais da ação de reparação de danos em face do Estado

Em nome da *praxis*, da qual sempre evitaremos nos distanciar, tentemos apreciar alguns aspectos gerais da ação de reparação de danos em face do Estado. Assim, poderemos localizar concretamente o presente debate e enxergar qual a forma com que se pode obter indenizações do Estado nos casos em tela.

Inicialmente, convém dizer que é possível a obtenção da reparação de danos por via administrativa, nas hipóteses em que o Poder Público reconhece a responsabilidade e estabelece um acordo com o terceiro lesado. Entretanto, essa forma de ressarcimento é muito rara, uma vez que o Estado tende a oferecer reparação ínfima e/ou rejeitar pedidos de negociação.¹² Caso não se solucione o caso por via administrativa, o terceiro deverá propor a ação de indenização em face da pessoa jurídica que causou o dano.

¹²Em geral, pela via administrativa, os administrados devem pleitear a indenização com base na Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal.

O Estado de São Paulo, em atuação exemplar, editou a Lei 10.177/1998, que tenta combater os tradicionais empecilhos para a solução do conflito. Essa Lei prevê, na Seção IV, um procedimento para a reparação de danos no âmbito do próprio estado. Merecem destaque os artigos 65 e 67, pelo que vale a transcrição de parte deles:

Art. 65. Aquele que pretender, da Fazenda Pública, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, observadas as seguintes regras:

I - o requerimento será protocolado na Procuradoria Geral do Estado, até 5 (cinco) anos contados do ato ou fato que houver dado causa ao dano;

II - o protocolo do requerimento suspende, nos termos da legislação pertinente, a prescrição da ação de responsabilidade contra o Estado, pelo período que durar sua tramitação;

[...]

VI - acolhido em definitivo o pedido, total ou parcialmente, será feita, em 15 (quinze) dias, a inscrição, em registro cronológico, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado;

[...]

VIII - os débitos inscritos até 1º de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte, à conta de dotação orçamentária específica;

Quanto ao foro competente para julgamento da demanda, devem ser aplicadas as regras de direito comum, por se tratar de ação pessoal movida contra o Poder Público, que não possui foro privilegiado. Em epítome, deve-se observar o domicílio da Fazenda Pública, constante no artigo 75 do Código Civil¹³, em atenção ao artigo 94 do Código de Processo Civil. Também é possível o ajuizamento no local de ocorrência do fato danoso, consoante o artigo 100, inciso V, alínea “a”, do CPC.

Como visto anteriormente, o parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição da República impõe a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos por danos causados por seus agentes. Consequentemente, a demanda dá-se contra o Poder Público, e não diretamente contra o agente causador do dano.¹⁴

Há controvérsias acerca da obrigatoriedade de denunciação da lide ao agente que praticou o ato. Essa discussão gira em torno da aplicação dos artigos 70, inciso III, do Código de Processo Civil, e 122, parágrafo segundo, da Lei n.º 8.112/1990.¹⁵ LUCAS ROCHA FURTADO (2012, p. 853) menciona o posicionamento dos nossos tribunais superiores a respeito do tema:

[...]

Art. 67. Na hipótese de condenação definitiva do Estado ao ressarcimento de danos, deverá o fato ser comunicado ao Procurador Geral do Estado, no prazo de 15 (quinze) dias, pelo órgão encarregado de officiar no feito, sob pena de responsabilidade.

¹³ Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:

I - da União, o Distrito Federal;

II - dos Estados e Territórios, as respectivas capitais;

III - do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;

IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

§ 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.

§ 2º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder.

¹⁴ Alguns autores, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 1034), posicionam-se favoravelmente à possibilidade de propositura de ação diretamente contra o agente, porém, não é a tese que aqui adotamos — com amparo no entendimento do STF —, pois a responsabilidade do agente é apenas regressiva, nos termos do próprio § 6º do art. 37 da Constituição da República.

¹⁵ Artigo 70 do Código de Processo Civil: A denunciação da lide é obrigatória:

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Art. 122, § 2º, da Lei n.º 8.112/1990: A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

Da discussão acerca da obrigatoriedade da denunciação, a jurisprudência tem avançado para não mais admitir a denunciação da lide. O argumento é: a responsabilidade do agente é subjetiva; a do poder público, objetiva. Admitir a denunciação pelo poder público ao agente importa em trazer para o processo a discussão da culpa, o que resulta em percalços desnecessários à solução da lide em razão de a responsabilidade do poder público ser objetiva. [...]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se consolidado no sentido da ausência de obrigatoriedade da denunciação, não havendo que se falar em nulidade do processo já iniciado.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a tendência é atribuir ao tema estatutura infraconstitucional em razão de que se discute interpretação da legislação processual civil. Isso importaria em transferir ao STJ a última palavra sobre o tema. Não obstante, as decisões do STF apontam no sentido de ser impossível a denunciação.

Sobre o direito de regresso contra o agente causador do dano, tem-se uma ação que segue as regras processuais comuns, de procedimento ordinário ou sumário. Essa ação regressiva, conforme o parágrafo quinto do artigo 37 da Constituição da República, é imprescritível.¹⁶ Nos casos em que houver a denunciação da lide, a sentença que julgar procedente o pleito contra o Estado e declarar a responsabilidade do denunciado servirá de título executivo contra o agente. Desse modo, o direito de regresso dá-se nos próprios autos. Destaque-se a impossibilidade de o Poder Público reaver os valores do agente sem que haja ação regressiva própria ou sentença que declare a responsabilidade do funcionário nos casos de denunciação da lide; veja-se a seguinte passagem:

De modo algum se permite à Administração Pública, não munida de um título executivo judicial, impor unilateralmente a separação de parte dos vencimentos do servidor, para de moto próprio recompor o prejuízo decorrente da indenização paga ao particular ofendido, em nome de seu pretenso direito de regresso. (DINAMARCO, RT 547/16 *apud* CAHALI, 2013, p. 212)

Diferentemente da responsabilidade do ente público, a responsabilidade do agente é subjetiva, ou seja, deve compreender dolo ou culpa. Ademais, possui caráter absoluto, isto é, não pode ser atenuada perante agente algum.

¹⁶Art. 37, § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Quanto ao prazo prescricional para ajuizamento da demanda, discute-se se seria quinquenal, previsto no artigo primeiro do Decreto 20.910/1932, ou o trienal, previsto no artigo 206, parágrafo terceiro, inciso V, do Código Civil.¹⁷

Por meio do supracitado Decreto, conferira-se grande privilégio às pessoas jurídicas de direito público. Isso porque aplicavam-se às entidades de direito privado os prazos previstos no Código Civil então vigente (Código Civil de 1916), superiores a cinco anos. Tratava-se de uma prerrogativa do Poder Público, que foi estendida às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, mediante o artigo 1º-C da Lei n.º 9.494/1997, incluído pela Medida provisória n.º 2.180-35/2001.¹⁸

A polêmica surgiu com o advento do Código Civil de 2002, que transformou em três anos o prazo para o exercício da pretensão de reparação civil. Diante disso, os tribunais têm entendido, majoritariamente, pela aplicação da prescrição quinquenal, pois decorreria de lei especialmente voltada às pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Segundo esse entendimento, prevaleceria a lei especial, que, ademais, seria uma norma de direito público, diferentemente do Código Civil.

Apesar do critério predominante, parece mais correta a aplicação do prazo trienal. É que as regras especiais mencionadas preveem **prerrogativas** do Poder Público, de modo a estabelecer posição privilegiada em face das regras comuns de direito, que lhe seriam aplicáveis. Como o Código Civil de 2002 estabeleceu a prescrição trienal, o privilégio da Fazenda Pública teria sido desconstituído, o que leva à aplicação do prazo menor. Do contrário, invertem-se os fundamentos e ignoram-se os fatos ensejadores da edição do Decreto 20.910/1932 e da Lei 9.494/1997, de forma a colocar o Estado em posição de desvantagem.¹⁹

¹⁷ Artigo primeiro do Decreto n.º 20.910/1932: As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Artigo 206, parágrafo terceiro, inciso V, do Código Civil: Prescreve:

§ 3º Em três anos:

V - a pretensão de reparação civil.

¹⁸ Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

¹⁹ Em posição também favorável à aplicação do prazo trienal, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2012, p. 574), em semelhante enunciado: “Cumpra nessa matéria recorrer à interpretação normativo-sistemática. Se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decreto n.º 20.910/1932, raia ao absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei

2.4 “A quarta e nova fase” — o entendimento atual

Por meio de um breve traçado dos períodos históricos que marcaram a evolução da responsabilidade civil do Estado, identificamos, acima, a presença de três fases — a fase da irresponsabilidade estatal, que não chegou a existir em nossa República; a fase civilista, em que se desenvolveu a teoria da responsabilidade subjetiva; e a fase publicista, onde surgiu o *risco administrativo* e a teoria da responsabilidade objetiva.

Nos dias atuais, observa-se o que BRAGA NETTO (2012, p. 65) denomina de *quarta e nova fase*. Mais do que nunca, o Estado deve atuar como garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos. Caminha-se, assim, para a ampliação da responsabilidade estatal a áreas antes inimagináveis.

O que ontem não causava responsabilidade civil do Estado, hoje pode causar. É possível que o futuro contemple, entre as ações ou omissões que responsabilizam o Estado, fatos que nós não nos atreveríamos a colocar como fatores de responsabilização estatal.

A ampla responsabilidade dos danos causados pelo Estado faz progressivas conquistas. Basta comparar a jurisprudência brasileira, na linha do tempo, e se verificará a verdade deste enunciado. A propósito, por exemplo, da responsabilidade civil por atos legislativos, o STF esclareceu que o Estado ‘não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal’ (STF, ADInMC 1.063-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/04/01). (BRAGA NETTO, 2012, p. 142).

Verifica-se, por exemplo, a possibilidade de responsabilização do Estado também por danos decorrentes de atos legislativos e judiciais, bem como de novas perspectivas perante a omissão dos agentes públicos²⁰. É o que se detalha abaixo.

civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente o período prescricional, no caso para três anos (pretensão à reparação civil). Desse modo, se é verdade, de um lado, que não se pode admitir prazo inferior a três anos para a prescrição da pretensão à reparação civil contra a Fazenda, em virtude de inexistência de lei especial em tal direção, não é menos verdadeiro, de outro, que tal prazo não pode ser superior, pena de total inversão do sistema lógico-normativo; no mínimo, é de aplicar-se o novo prazo fixado agora pelo Código Civil. Interpretação lógica não admite a aplicação, na hipótese, das regras de direito intertemporal sobre lei especial e lei geral, em que aquela prevalece a despeito do advento desta. A prescrição da citada pretensão de terceiros contra as pessoas públicas e as de direito privado prestadoras de serviços públicos passou de quinquenal para trienal.”

²⁰Há discussões atuais, também, acerca da responsabilização do Estado em algumas outras hipóteses mais específicas, como danos multitudinários, requisições administrativas e atos parlamentares. Desses pontos não trataremos pormenorizadamente, para evitar a fuga do tema principal.

2.4.1 Responsabilidade do Estado por atos legislativos

Aqueles que, em passado recente, abriram a trilha para o reconhecimento da responsabilização do Estado por atos legislativos fizeram-no em ambiente árduo. Por isso, eram eleitos critérios tão acentuadamente rígidos e estreitos que o avanço reduzia-se a plano meramente teórico. Eram vários os obstáculos à aceitação dessa forma de responsabilização. Dentre eles, podemos citar (i) a identificação entre lei e soberania; (ii) os caracteres de abstração, generalidade e impessoalidade da lei; (iii) a margem de liberdade atribuída ao legislador para permitir a constante modificação do ordenamento jurídico; e (iv) a expressão de representatividade coletiva daqueles que criam as leis (ESTEVES, 2003, pp. 88 e seguintes).

Tratava-se de posição doutrinária que concebia a intangibilidade dos atos de governo (ou políticos), como salienta AGUIAR DIAS (2006, p. 846):

Gonçalves de Oliveira²¹, em erudito parecer, sustenta, aliás arrimado em bons autores, a absoluta irresponsabilidade do Estado por atos legislativos. Segue a Teissier, que vai a ponto de sustentar a irresponsabilidade pelos atos de governo excepcionalmente investido de poderes ditatoriais e não hesita em defender a tese de que mesmo quando arbitrária e injusta, hostil aos princípios do direito, a lei não rende ensejo à responsabilidade do Estado.

Dados alguns passos evolutivos, a jurisprudência e a doutrina brasileiras têm admitido essa forma de responsabilização em duas hipóteses: (i) edição de leis inconstitucionais; e (ii) edição de leis de efeito concreto.

No que concerne às leis inconstitucionais, temos por inafastável o surgimento do dever de indenizar do Estado quando essas forem danosas a terceiros. Aqui, vale frisar: até que o Judiciário a declare inconstitucional, a lei eivada de vício será válida como qualquer outra.

Quanto ao segundo grupo, observa-se a caracterização dos atos legislativos como verdadeiros atos administrativos, exatamente por possuírem destinatários certos — são desprovidas de generalidade, abstração e impessoalidade. Assim, a responsabilização ocorre da mesma forma, como se fosse praticado um ato administrativo. Ilustrativamente, temos leis

²¹Cf. BRASIL. Ministério da Viação e obras Públicas. Parecer. Cláusula ouro. Responsabilidade civil do estado por ato legislativo - Juízo arbitral. Relator: A. Gonçalves de Oliveira. Revista Forense, 1943.

que determinam local específico como área de preservação ambiental, leis que fixam limites territoriais, decretos que desapropriam bens ou determinam a cobrança de tarifas, entre outros.

Em meio à *nova fase* da responsabilidade civil do Estado, podem-se assinalar outras hipóteses de responsabilização por atos legislativos, mesmo considerando leis dotadas de constitucionalidade e que não tenham sido direcionadas a indivíduos determinados. É o que se observa, por exemplo, quando o Estado legisla para monopolizar alguma atividade econômica, prejudicando os particulares que a exerciam.

Viu-se ilustração recente dessas novas hipóteses na discussão travada nos autos do RE 422.941/DF (2006, relator ministro Carlos Velloso), em que o Supremo Tribunal Federal deu provimento, por maioria, a Recurso Extraordinário interposto pela Destilaria Alto Alegre. O recurso foi contra decisão do STJ que declarara a validade da fixação ao setor sucroalcooleiro, pela União, de preços abaixo dos valores apurados e propostos, na conformidade da Lei n.º 4.780/1965, pelo Instituto do Alcool e Açúcar (IAA). Na decisão reformada, o STJ havia considerado que a fixação de preços decorreria do poder de intervenção no domínio econômico que o Estado possui, o que não levaria ao dever de indenizar empresas prejudicadas.

No julgamento do RE, considerou-se que a fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor configura empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. Essa conduta, portanto, gerou danos patrimoniais à empresa que ajuizou a demanda: dessarte, entendeu-se pela responsabilidade civil do Estado.

2.4.2 Responsabilidade por atos judiciais

Quanto aos atos judiciais, a jurisprudência tem evoluído lentamente, de modo que ainda se veem casos graves para os quais se aplica a irresponsabilidade estatal. Isso, dentre outros argumentos, porque, como anota CARVALHO FILHO (2012, p. 569),

[...] os atos jurisdicionais típicos são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade objetiva do Estado. São eles protegidos por dois princípios básicos. O primeiro é o da soberania do Estado: sendo atos que traduzem uma das funções estruturais do Estado, refletem o exercício da própria soberania. O segundo é o princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais: se um ato do juiz prejudica a parte no processo, tem ela os mecanismos recursais e até mesmo outras ações para postular a sua revisão. Assegura-se ao interessado, nessa hipótese, o sistema do duplo grau de jurisdição.

Convém destacar que a Constituição de 1988 traz disciplina específica quanto à responsabilidade do Estado pelo erro nos juízos criminais. Trata-se da constitucionalização do

disposto desde 1941 no artigo 630 do Código de Processo Penal²², encartado no capítulo referente à revisão criminal. A disciplina constitucional veio no artigo 5º, inciso LXXV, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Como se percebe, o dispositivo apenas se refere à **sentença condenatória**, o que leva a tragédias perpetradas pelo judiciário nos casos de prisões preventivas. Essas, apesar de assumirem todas as características do erro judiciário, ainda não foram devidamente acolhidas pelos nossos tribunais como ensejadoras de indenização; todavia, felizmente, já se observa certa evolução.

Não se poderia deixar de citar o conhecido caso de Marcos Mariano da Silva, um dos mais terríveis da história judiciária mundial. Esse homem, ex-mecânico, nascido em Pernambuco, pai de 11 filhos, foi encarcerado, em 27 de setembro de 1985, por suposições e informações desconstruídas proferidas pelo então juiz da Vara da Comarca de Cabo Santo Agostinho-PE. No presídio, contraiu tuberculose e perdeu a visão de seus dois olhos. Lá permaneceu até 25 de agosto de 1998, quando, finalmente, reconheceu-se a irregularidade da prisão (2006, REsp 802.435, relator ministro Luiz Fux).

Ajuizada ação de indenização contra o Estado, passaram-se aproximadamente dez anos até que transitasse em julgado. O processo rendeu-lhe R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais), por danos materiais, e R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) por danos morais. Notícia-se que, antes de receber o valor indenizatório total, Marcos Mariano faleceu.

Apesar dos dramas e ironias desse trágico caso, podemos notar que o Judiciário finalmente tem caminhado para o reconhecimento da indenização em casos que não se limitam à revisão criminal de sentença condenatória. Evidentemente, o sofrimento por que passou Marcos Mariano é incalculável monetariamente, mas a atuação jurisdicional com vistas à responsabilização do Estado já indica a existência de alguma consciência do Poder Judiciário.

Como informado, em tais casos, mesmo que de forma ainda não perfeitamente acolhida pela maioria da doutrina e dos tribunais brasileiros, deve-se buscar a prevalência dos direitos fundamentais dos jurisdicionados, observando-se os anteriormente aludidos princípios da **primazia do interesse da vítima** e da **solidariedade social**.

²² Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

2.4.3 O *Untermassverbot* (proibição da insuficiência) e a responsabilidade por omissão

Untermassverbot é um termo célebre do direito constitucional alemão. Em inglês, pode ser traduzido como *prohibition of insufficient means*. Para nós, proibição da insuficiência. O termo advém do princípio da proporcionalidade, que possui duas vertentes: o *Untermassverbot* e o *Übermassverbot* (*prohibition of excessive means*: proibição do excesso). Esse contraste pode ser observado no que expõem MATTHIAS KLATT e MORITZ MEISTER (2012, p. 102):

One important objection to positive rights is the problem of over-determination, which stems from the fact that, at least in a complex legal order, protecting one principle means interfering with a different principle. This 'dialectics of protection and interference' gives rise to the notion that Member States may be caught between the prohibition of excessive means and the prohibition of insufficient means.

O *Übermassverbot* proíbe que o Estado faça mais do que deveria e invada lesivamente a esfera jurídica de terceiros. Essa proibição é particularmente relevante no caso de direitos de defesa (*Abwehrrechte*), como a interceptação telefônica — se o Estado edita lei que autoriza interceptações sem ordem judicial e para fins não previstos na Constituição, está agindo excessivamente. Dessarte, há violação da *prohibition of excessive means*, exatamente pelo desrespeito à proporcionalidade; essa transgressão indica que o Estado foi além dos limites autorizados pelos direitos fundamentais e não se absteve de fazer algo que lhe era vedado.

Em verdade, a *prohibition of excessive means* está intimamente ligada à ideia de respeito à dignidade humana, que se dá, na hipótese, por meio de uma abstenção do Estado. Nessa dimensão, a dignidade humana impõe direitos de defesa (*Abwehrrechte*), isto é, o cidadão tem direito a não ser importunado por intervenções (*Eingriffe*) estatais (COSTA NETO, 2014, p. 84).

Por outro lado, existem direitos fundamentais que exigem **obrigações estatais positivas**. Impõe-se um dever de proteção por parte do Estado, isto é, uma ação; não uma mera abstenção. Quando o Estado não age ou quando age de maneira insuficiente, há violação do *Untermassverbot*. Se possui o dever de proteger o meio ambiente ou de promover a educação, por exemplo, e permanece omissa ou atua de modo aquém do devido, infringe-se a *proibição da insuficiência*. Exatamente por isso, o *Untermassverbot* tem fundamental importância na análise dos deveres de agir do Estado. Nesse sentido, também MATTHIAS KLATT e MORITZ MEISTER (2012, p. 104):

According to the prohibition of insufficient means, protective rights definitely prohibit Member States from going below the level at which disproportionality begins. Even above this point, however, they continue to demand prima facie that more protection be granted.

Fazendo-se um contraponto com a *proibição do excesso*, confira-se o que esclarece LUÍS MATRICARDI RODRIGUES (2012, p. 10):

A proibição de insuficiência seria, assim, forma de aplicação da proporcionalidade quando o direito envolvido não tem função defensiva (negativa) – ao que responde a proibição de excesso –, mas função protetiva (positiva). Embora semelhantes, comportariam diferença importante: a proibição de insuficiência não fixaria mais do que um mínimo de proteção (efetiva e adequada). Qualquer medida acima desse nível não é controlada com base na suficiência – mas poderia sê-lo com base no excesso.

No Brasil, o termo *Untermassverbot* ganhou destaque através de decisões do ministro GILMAR FERREIRA MENDES. Vejamos trechos do voto proferido no HC 104.410/RS (2012), de importância crucial para os fins deste estudo, pelo que vale o longo excerto transcrito.

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que **os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbot*).**

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:

- a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
- c) **dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.**

[...]

Na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como

proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. **O ato não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.** (Grifos nossos)

No HC 104.410/RS, a discussão insere-se no âmbito do Direito Penal, assim como grande parte dos escritos brasileiros atuais sobre o tema — nessa área, a maior controvérsia está no dever de segurança (*Sicherheitspflicht*). Para este trabalho, voltamo-nos ao dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), o qual consiste na adoção de medidas por parte do Estado com o fim de evitar riscos/lesões para os cidadãos. Destaque-se, desde agora, que o último parágrafo da transcrição já anuncia a discussão que se trará mais adiante (capítulo 3), concernente à atuação legislativa deficiente.

Em meio à mencionada *quarta e nova fase* da responsabilidade civil do Estado, não se pode perder de vista o controle das omissões, o que amplifica a ótica do *Untermassverbot*. Dessa forma, convém tecer os primeiros comentários acerca da omissão estatal como causadora da responsabilidade civil.

Preliminarmente, importante salientar que ainda existem algumas controvérsias a respeito da possibilidade de aplicação da norma do parágrafo sexto do artigo 37 da CRFB/88 aos casos de omissões do Poder Público. A maior discussão consiste em saber se essa responsabilidade seria objetiva ou subjetiva. Adotamos a corrente que entende aplicável a responsabilidade subjetiva, que pode ser vista pela companhia de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²³:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar

²³Conosco, também, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2012, p. 710) e JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR (1970, v. 8:210), entre outros.

patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Para filiação a esse entendimento, faz-se também fundamental uma preliminar menção ao *princípio da reserva do possível*, que posteriormente será mais bem examinado (tópico 4.1.2). Esse destaque deve-se à necessidade de a conduta estatal ser **exigível** e **possível**: quando há possibilidade de evitar o dano e permanece omissivo ou age inadequadamente o Estado, impõe-se a responsabilização. Invariavelmente, o elemento *culpa* deverá existir, uma vez que tal é inerente à análise acerca da possibilidade e exigibilidade de atuação do Poder Público.

Quanto à perspectiva do *princípio da reserva do possível*, exemplifica BRAGA NETTO (2012, pp. 162 e 163):

Responderia, portanto o Estado, por algumas omissões, não por todas. Não é possível responsabilizar o Estado – diz-se – porque, num bairro escuro e vazio, quatro indivíduos espancaram covardemente alguém até a morte. O Estado não é um segurador universal, argumenta-se, não pode responder por todos os danos, por todos os crimes. Já seria diferente a situação se o preso tivesse sido arrebatado da delegacia e linchado na rua – como terrivelmente aconteceu no Nordeste, há pouco tempo. Ou mesmo se acontece um linchamento frente a policiais impassíveis. Nestes dois últimos casos, concretiza-se, precisa-se, delimita-se o nexos causal entre a omissão estatal e o dano.

Em outra linha de exemplos, podemos pensar num caso que os jornais, nos últimos anos, trazem quase que diariamente. Alguém, bêbado, dirigindo, provoca um acidente que destrói famílias, futuros e planos. O Estado responde pelos danos? Hoje seria remota a chance de sucesso da tese. Pouquíssimos a apoiariam. Se, porém, ao contrário, o motorista bêbado foi parado pouco antes numa *blitz*, e indevidamente liberado, o nexos causal assume um contorno sólido que autoriza imputar ao Estado a reparação dos danos. Teríamos, neste último caso, uma omissão específica, ao contrário da primeira, claramente genérica.

Com essas avaliações, torna-se anunciada a discussão a respeito da omissão do Poder Público, o que inclui, invariavelmente, a omissão legislativa. Esse é o tema do qual se passará a tratar mais especificamente a seguir, iniciando-se por um debate acerca da imprescindibilidade de regulamentação de normas constitucionais pelas casas legislativas.

3 A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA

Para dar continuidade ao estudo da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes da omissão legislativa, imperioso traçar comentários sobre as espécies de normas que exigem regulamentação própria. Nesse percurso, caminhemos sempre com vistas à efetividade da Constituição e à forma de controle de eventuais omissões das casas legislativas em proceder à sua concretização.

Quando discutimos a *efetividade* de normas constitucionais, estamos a tratar especificamente de sua *eficácia social*, considerando que os dispositivos da Constituição sempre terão alguma *eficácia jurídica* — como se verá no tópico seguinte, não existem cláusulas constitucionais caracterizadas puramente como conselhos, avisos ou lições.

A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia [a *eficácia social* das normas], corresponde ao que Kelsen — distinguindo-a do conceito de vigência da norma — retratou como sendo ‘o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos’.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. (BARROSO, 2009, pp. 82 e 83)

Nessa perspectiva, a ideia de “efetividade como princípio” tem a função de reforçar a validade e a eficácia dos preceitos constitucionais, ou seja, reforçar a supremacia da Constituição.

Como parte das técnicas conducentes à concretização constitucional, encontram-se as forças políticas ensejadoras da atividade legislativa. Essa atuação é imprescindível para a *efetividade* de normas pendentes de regulamentação, assim criadas propositalmente pelo constituinte.

3.1 A eficácia das normas constitucionais

As constituições modernas possuem um traço característico em comum: a abertura à mediação das casas legislativas. Trabalha-se com lacunas que permitem regulamentações específicas do Poder Legislativo.

Essa abertura das normas constitucionais não é desproposital. O objetivo é que, em atenção às particularidades de cada período histórico, possam os representantes da população concretizar os elementos norteadores presentes na Lei Maior.

De fato, a Constituição não é um código, nem pretende tudo resolver nas suas disposições, como se fosse um sistema cerrado e bastante em si.

[...]

A maior abertura da norma tende a ser uma opção do constituinte para atender a um juízo sobre a conveniência de se confiar a concretização da norma à composição posterior de forças políticas relevantes. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 76)

Nessa perspectiva, destaque-se a existência (i) de normas constitucionais que permitem ampla atuação do legislador e (ii) de normas mais densas, que permitem pouco espaço a forças políticas posteriores e que muitas vezes já são capazes, por si só, de produzir efeitos concretos.

Por esse motivo, observam-se, há muito tempo, classificações que variam de acordo com o grau de autoaplicabilidade das normas. É o que anotou o Desembargador GENARO BORGES (2013), do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em voto proferido no nos autos do processo n.º 0246336-54.2012.8.21.7000 — nesse caso, discutia-se a concessão de procedimento cirúrgico por via judicial, o que foi acolhido na demanda:

Partindo dos grandes clássicos do direito constitucional norte-americano, Ruy Barbosa acolheu a distinção entre normas auto-aplicáveis e normas não-auto-aplicáveis (*self-executing*, *self-acting* ou *self-enforcing* e *not self-executing*, *not self-acting* ou *not self-enforcing*). As primeiras, executáveis por si mesmas, seriam as que ‘não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação’. Acrescenta mais adiante o consagrado mestre que ‘uma disposição constitucional é executável por si mesma, quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime’.

Já as normas não auto-aplicáveis, segundo o mesmo autor, estariam a depender de uma ação do legislador para tornar-se efetivas porque ‘não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos que outorgam, ou os encargos que impõe: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem’.²⁴

²⁴Sobre essas distinções, cf. COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 6th ed. Boston: Little, Brown & Co., 1890, pp. 99 e 100 e BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1933. pp. 488 e ss.

No Brasil, a classificação mais difundida é a de JOSÉ AFONSO DA SILVA (1982), que sustenta a existência de três espécies de normas constitucionais: **(i)** normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade plena imediata; **(ii)** normas constitucionais de eficácia contida, com aplicabilidade imediata, mas passível de restrição; e **(iii)** normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que subdividem-se em *normas definidoras de princípio institutivo* e *normas definidoras de princípio programático* — em geral, dependem de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos.

Existem, ainda, outras classificações, propostas por também autores conceituados, pelo que vale mencionar brevemente algumas delas:

(i) CELSO RIBEIRO BASTOS E CARLOS AYRES DE BRITO estabelecem uma divisão (a) “quanto ao modo de sua incidência” (normas de *integração* e normas de *mera aplicação*), e (b) “quanto à produção de efeitos” (normas de *eficácia parcial* e normas de *eficácia plena*) (BASTOS e BRITO, 1983, p. 122 *apud* BARROSO, 2009, p. 88);

(ii) Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, as normas constitucionais dividem-se em (a) normas concessivas de poderes jurídicos; (b) normas concessivas de direitos; e (c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida (MELLO, 1982 *apud* BARROSO, 2009, p. 89); e

(iii) LUÍS ROBERTO BARROSO visualiza o enquadramento das normas constitucionais como: (a) normas constitucionais de organização; (b) normas constitucionais definidoras de direito; e (c) normas constitucionais programáticas (BARROSO, 2009, p. 90).

Adotaremos, aqui, a já anunciada classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que será mais bem detalhada a seguir.

3.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena

As normas constitucionais de eficácia plena são as que possuem normatividade suficiente à sua incidência imediata. No momento em que entram em vigor, já são capazes de produzir todos os efeitos a que estão vocacionadas, independentemente de norma integrativa. Aproximam-se do que se demonstrou acima a respeito das normas constitucionais *self-executing*.

Essas normas, em geral, são as que criam órgãos, atribuem competências a entes da federação, conferem proibições ou isenções, estipulam prerrogativas, entre outras

regras autoexecutáveis. Para exemplificar — o que está longe de constituir um rol exaustivo —, podemos citar os artigos segundo e 19 da Constituição da República.²⁵

3.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida

As normas constitucionais de eficácia contida também receberam do constituinte normatividade suficiente para a produção dos efeitos a que se destinam, mas com a previsão de meios normativos que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade. Em outros termos, são normas que podem ter sua abrangência reduzida por alguma regra infraconstitucional ou pela própria Constituição, que pode trazer pressupostos fáticos limitadores de outras normas.

PEDRO LENZA (2013, pp. 195 e 196) traz-nos boa ilustração:

Enquanto não materializado o fator de restrição, a norma tem eficácia plena.

Como exemplo lembramos o art. 5º, XIII, da CF/88, que assegura ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Ou seja, garante-se o direito do livre-exercício profissional, mas uma lei, como exemplo, o Estatuto da OAB, pode exigir que para nos tornarmos advogados sejamos aprovados em um **exame de ordem**. Sem essa aprovação, infelizmente, não poderemos exercer a profissão de advogado, sendo apenas bacharéis em direito. O que a **lei infraconstitucional** fez foi reduzir a amplitude do direito constitucionalmente assegurado. (Grifos do autor)

Quanto às limitações constantes na própria Constituição, podemos utilizar o exemplo da decretação de estado de defesa, previsto no artigo 136, que pode trazer restrições aos direitos de reunião e de sigilo de comunicação, além de diversas outras medidas coercitivas.

Ainda sobre essa espécie de normas, vale o registro de filiação à ideia de MICHEL TEMER (2008, p. 26), segundo o qual a denominação mais adequada seria a de

²⁵Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II - recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

normas de eficácia *reduzível* ou *restringível*, exatamente pela possibilidade de restrição ao seu alcance.

3.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada e a imprescindibilidade de atuação do legislador

Chegamos, agora, à espécie de normas que realmente interessa para o estudo em voga. Trata-se das normas constitucionais de *eficácia limitada ou reduzida*, normas que não possuem normatividade suficiente à sua aplicação integral imediata. A regulamentação dessas normas cabe ao legislador ordinário — não são normas bastantes em si; apresentam baixa densidade normativa.

Ao contrário do que sustentava a doutrina norte-americana quando das primeiras distinções entre *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*, não há que se falar em inexistência de produção de efeitos dessas normas antes da regulamentação. Isso porque **um efeito mínimo sempre existirá**, ao menos para vincular o legislador infraconstitucional, de modo a permitir demandas como a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, que mais adiante serão abordados.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, em sede conclusiva, observa que referidas normas têm, ao menos, **eficácia jurídica imediata, direta e vinculante** já que: **a)** estabelecem um dever para o legislador ordinário; **b)** condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; **c)** informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; **d)** constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; **e)** condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; **f)** criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem. (SILVA, 1998, p. 164 *apud* LENZA, 2013, p. 196; grifos do autor)

Dentro dessa espécie de normas, existem dois grupos: (i) normas de princípio institutivo (ou organizativo); e (ii) normas de princípio programático.

O primeiro refere-se às normas que iniciam a estruturação de institutos, instituições, entidades e órgãos. Trata-se da previsão de “esquemas gerais”. Para ilustrar,

podemos citar o parágrafo primeiro do artigo 107 da Constituição da República²⁶, que prevê expressamente a edição de lei para disciplinar a remoção ou a permuta de juízes dos Tribunais Regionais Federais e determinar sua jurisdição e sede.

No segundo grupo, estão as normas programáticas, as quais ditam programas que devem ser observados pelo Estado. Prescreve-se aos poderes públicos a prática de tarefas que se caracterizam como atividades legislativas e/ou materiais. Como exemplo, lembremos do artigo 196 da CRFB/88²⁷, que preceitua o direito à saúde.

As normas de princípio programático, por muitas vezes apresentarem conceitos obscuros, aparentam desprovidas de força normativa, argumento que não merece prosperar. Nessa linha, J. J. GOMES CANOTILHO (2003, p. 1176) ressalta que o sentido dessas normas não é o de constituir simples programas, exortações morais, promessas ou aforismos políticos destituídos de qualquer vinculatividade. As normas de caráter programático possuem valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição; deve avaliar-se como ultrapassada qualquer opinião contrária a essa. Assim, nas palavras do autor, “problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de ‘aplicação directa’ e em que medida é exequível por si mesma” (p. 1177).

Para esta pesquisa, precisamos focar nossas atenções, dentro da terceira espécie de normas (eficácia limitada ou reduzida), às normas de princípio institutivo e às normas de princípio programático que exigem a prática de **atividades legislativas** por parte do Estado. Tais normas são as capazes de configurar a omissão legislativa inconstitucional, cujas características serão abaixo delineadas.

3.2 A configuração da inconstitucionalidade da omissão legislativa

Como exposto acima, a Constituição possui comandos que impõem atuações legislativas. Da inobservância desses comandos, configura-se a omissão legislativa

²⁶ Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: [...] § 1º A lei disciplinará a remoção ou a permuta de juízes dos Tribunais Regionais Federais e determinará sua jurisdição e sede.

²⁷ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

inconstitucional — trata-se, portanto, de um comportamento em **desconformidade com a Constituição**.²⁸

Na linha do que afirma FÁBIO QUINTAS (2013, p. 235), “não se trata [a omissão legislativa inconstitucional] de uma simples ideia de vazio normativo (incompletude lógica), mas da ausência de uma normatividade justa (ou, precisamente, constitucionalmente necessária) para o exercício de um direito que, de certa forma, já foi reconhecido pela Constituição”. Exatamente por isso, deve-se entendê-la como *lacuna axiológica*²⁹:

[...] vê-se que a omissão legislativa inconstitucional é espécie de lacuna axiológica, porque diz respeito à conclusão de que o ordenamento jurídico não fornece a solução adequada para determinado caso, por falta de norma que considere certa propriedade (tida pela Constituição como necessária). [...]

A ideia de omissão legislativa inconstitucional, portanto, não se associa ao conceito de lacuna normativa. Isso porque, mesmo considerando que não haja qualquer regulamentação para determinada matéria, a situação não é de

²⁸ Oportunamente, frise-se que há outras espécies de omissões do Poder Público que configuram inconstitucionalidade. Limitar-nos-emos, neste espaço, à análise da omissão legislativa, que consiste na mais controvertida forma de omissão e pode levar à hipótese de responsabilização civil ora investigada.

²⁹ Para essa classificação, parte-se, com FÁBIO QUINTAS (2013, p. 218), da concepção de incompletude do ordenamento jurídico, que é, assim, sujeito a lacunas (insuficiências no material normativo para a tomada de decisões). Para o autor (p. 225), é possível identificar quatro sentidos distintos em que a expressão “lacuna” assume na prática jurídica: (i) lacuna de conhecimento; (ii) lacuna de reconhecimento; (iii) lacuna normativa; e (iv) lacuna axiológica. Vejamos as definições por ele apresentadas (pp. 225–229):

“A lacuna de conhecimento diz respeito à falta de conhecimento das premissas fáticas, que, nos casos individuais judicializados se resolve, muitas vezes, com base na técnica das presunções legais e do ônus da prova. [...]

A lacuna de reconhecimento diz respeito à indeterminação semântica dos textos normativos (também conhecida como zona de penumbra do texto). [...]

As lacunas de conhecimento e reconhecimento não sugerem uma falha no sistema jurídico pela falta de previsão normativa (não são um problema lógico), mas um problema na aplicação do direito, atinente à verificação das propriedades individuais de um caso para saber se ele está ou não contido no caso genérico previsto na norma.

[...] com relação aos casos genéricos, podem-se identificar, primeiramente, lacunas normativas, entendidas como a situação em que, considerando-se um conjunto de normas, identifica-se um caso com propriedades relevantes (dado esse conjunto de normas) que não tem uma solução jurídica prevista no universo de soluções estabelecidas por esse conjunto de normas.

[...]

A lacuna axiológica pode ser entendida como o juízo do intérprete no sentido de insuficiência da solução normativa para um determinado caso, em razão de o sistema normativo não levar em conta uma propriedade relevante. [...] **Aqui, estamos falando da injustiça da solução dada deliberadamente pelo sistema jurídico (que valorou de forma equivocada determinada circunstância).**” (grifos nossos). Ainda sobre o tema, cf. ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006 e MORESO, José Juan. *A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas*. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio et al. *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

ausência de solução normativa para um determinado caso genérico, mas de inexistência de uma solução normativa *adequada*.

[...]

Em todos os casos, a ideia de omissão legislativa inconstitucional como fenómeno associado à lacuna axiológica denuncia a conclusão de que os métodos ordinários de interpretação que buscam dar o melhor sentido aos textos normativos não foram suficientes para oferecer uma resposta que se entendesse adequada a determinado caso (a demandar o socorro extremo à jurisdição constitucional). (QUINTAS, 2013, pp. 235–237)

A omissão legislativa pode ser classificada como *total* (ou *absoluta*), quando há total inobservância do comando, ou *parcial*, quando há a edição de ato normativo que atenda de forma apenas parcial (ou insuficiente) o dispositivo constitucional.

Pode-se mencionar, também, a inconstitucionalidade decorrente do descumprimento da obrigação legislativa de atualizar ou aperfeiçoar normas de prognose (previsão). Nesse caso, a omissão reside na falta de adaptação de leis já existentes a circunstâncias supervenientes — fala-se em um *dever geral de adequação*.

Dito isso, resta saber quando se caracterizam as omissões legislativas, isto é, qual o critério temporal para que se possa afirmar que a omissão do legislador tornou-se inconstitucional.

Para iniciar a discussão, convém transcrever trechos de palestra proferida por JORGE MIRANDA, em 30 de novembro de 1995, na Assembleia da República de Portugal, em comemoração ao 20º aniversário do Provedor de Justiça português. Vejamos:

[...] O juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstracto, mas somente em concreto, balizada entre certos factos. A ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada do seu tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, ou será pré-fixada — muito raramente — pela própria Constituição ou dependente da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com as situações da vida, inclusive a situação que, à sua margem, esteja, por acção, o legislador ordinário a criar).

Assim, o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido, esse tempo que fora dado ao órgão legislativo (competente) para emitir a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, tendo em conta as circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Pois o significado último da inconstitucionalidade por omissão consiste no afastamento, por omissão, por parte do legislador ordinário, dos critérios e valores da norma constitucional não exequível; e esse afastamento só pode ser reconhecido no tempo concreto em que um e outro se movam.

Verdadeiramente, para a adoção das medidas normativas previstas na Constituição, existem duas possibilidades: (i) a própria Constituição delimita o espaço temporal em que tais medidas deverão ser atendidas; ou (ii) o prazo para a regulamentação das normas não é fixado.

No primeiro grupo, temos o exemplo do artigo 37, inciso X, da CRFB/88³⁰, que assegura aos servidores públicos a revisão geral **anual** de seus subsídios. Cite-se, ainda, alguns dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, como (i) o artigo 48³¹, que estabeleceu o prazo de 120 dias da promulgação da Constituição para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, e (ii) o artigo 50³², que preceituava o prazo de um ano para a edição de lei agrícola que dispusesse sobre os objetivos e instrumentos de política agrícola, prioridades, planejamento de safras, comercialização, abastecimento interno, mercado externo e instituição de crédito fundiário. Para esse grupo, não há dúvidas: a inconstitucionalidade da omissão configura-se **logo após o lapso temporal previsto pelo constituinte**.

No segundo conjunto, estão todas as demais normas que preveem alguma atividade legislativa concretizadora mas que não acompanham um prazo delimitado para tal atuação. Neste ponto, como visto nas palavras de JORGE MIRANDA, deve-se medir e ponderar o tempo decorrido; haverá sempre um *juízo de razoabilidade* a ser realizado, como pontua ANDRÉ PUCCINELLI JÚNIOR (2013, p. 137):

É dizer: inexistindo uma convicção apriorística em torno do conceito de “prazo razoável”, **cabará ao intérprete precisar-lhe o alcance à vista dos valores constitucionais afetados e do âmbito de incidência da norma ineficaz**. Assim, é lícito concluir que a maior relevância da matéria constitucional minimiza a extensão do lapso concedido ao legislador. Por outro lado, nada obsta que se tome de empréstimo outros dispositivos constitucionais para fixar o marco a partir do qual se considera extrapolado o prazo de regulamentação. Ilustrativamente, na ausência de outros empecilhos técnicos ou materiais, julgamos factível tomar de empréstimo o prazo de

³⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

³¹ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

³² Art. 50. Lei agrícola a ser promulgada no prazo de um ano disporá, nos termos da Constituição, sobre os objetivos e instrumentos de política agrícola, prioridades, planejamento de safras, comercialização, abastecimento interno, mercado externo e instituição de crédito fundiário.

conclusão dos projetos de iniciativa presidencial em trâmite sob regime de urgência (CF, art. 64, § 2º), fixando em noventa dias, ou intervalo próximo a isto, o período que se considera razoável para regulamentar uma norma constitucional carecedora de lei reservada à iniciativa exclusiva do Presidente da República. De igual modo, **se a norma constitucional exigir dispêndios na implementação de programas socioeconômicos, certamente os agentes públicos, quando instados a dar consecução a tais metas, haverão de invocar motivos de conveniência e oportunidade administrativa, além da escassez de recursos, a fim de maximizar o prazo de integração normativa.** (Grifos nossos)

Será necessário que o magistrado, diante das particularidades de cada caso, proceda a um juízo de valor que não se afaste da razoabilidade, com atenção à viabilidade da atuação do Poder Público e à efetividade das normas constitucionais. Logo abaixo, trataremos de mecanismos processuais previstos pelo constituinte para o alcance da declaração de inconstitucionalidade de omissões legislativas — não se pode esquecer, todavia, da possibilidade de controle dessas omissões como incidente em outras demandas, no qual a (in)constitucionalidade é aferida pelos magistrados a cada caso concreto.

3.3 Remédios processuais contra a omissão legislativa inconstitucional

Até pouco tempo, entendia-se pela impossibilidade de controle de omissões legislativas por órgãos jurisdicionais — acreditava-se que tal era uma questão unicamente política, além de que ninguém teria direito subjetivo à edição de leis, ainda que a atividade legislativa houvesse sido prevista pelo constituinte.

J. J. CALMON DE PASSOS (1989, pp. 85–88) retrata os primeiros esboços do surgimento de pretensão jurídica exercitável contra a inconstitucionalidade por omissão:

No momento em que os detentores do poder político deixaram de poder quanto lhes apetecesse, mas só lhes foi dado agir no âmbito prévia e constitucionalmente configurado, o agir do Estado pôde, à semelhança do que sempre ocorreu com o agir dos governados, ser considerado como adequado ao prescrito em lei ou em desarmonia com ele, donde a categoria nova da ‘ilegalidade’ do ato do Poder Público, não em face de limites postos por um direito natural, mas segundo a pauta de um direito positivo de qualificação predominante — o constitucional.

[...] Com o término da Segunda Grande Guerra [...] prescrições quanto ao agir do Estado, que se revestiam do caráter de compromissos políticos, sujeitos aos controles políticos previstos para a organização democrática do exercício do poder (máxime mediante o processo eleitoral e organização partidária), passaram a ser vistas, também, como deveres jurídicos fundamentadores de direitos públicos subjetivos tradicionais. E aqui, por consequência, esboçou-se, também, a *inconstitucionalidade* nova, a denominada *inconstitucionalidade por omissão*. O cidadão, o sujeito de direito, já não precisa esperar pelo deflagrar do processo eleitoral, para,

mediante a retirada de sua confiança, demonstrar o seu descontentamento com as omissões dos governantes, no que diz respeito aos seus deveres constitucionais de agir; ele tem ‘ação’, agora, ele tem ‘pretensão’ exercitável perante o órgão competente, para obter do Estado o adimplemento do seu dever constitucional de agir [...].

Foi na República Federal da Alemanha que se deu o primeiro passo para o reconhecimento dessa forma de controle das omissões do legislador, nos casos em que a inércia obstaculizava o exercício de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Essa atuação concretizou-se, prioritariamente, nas chamadas “declarações de mera incompatibilidade” — a Corte não declarava a nulidade da norma, mas instava o legislador a aperfeiçoá-la (*Unvereinbarerklärung*), para que pudesse alcançar o inteiro teor da previsão constitucional. Perceba-se: permanecia com o Poder Legislativo o poder de sanar a omissão, ou seja, a atuação do Judiciário limitava-se a *recomendar* a realização da tarefa ao legislador. (MARTINS, 2005, p. 110).

No mesmo período, também se destacou outra técnica de decisão, que era puramente o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), não mais relativo a simples incompatibilidades: o Tribunal reconhecia a omissão e declarava a *constitucionalidade temporária* da situação jurídica posta à apreciação, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1238).

O entendimento alcançou o direito italiano, de onde podemos retirar dois precedentes interessantes, que nos são exibidos por LUÍS ROBERTO BARROSO (2009, p. 157):

Uma lei de 27 de dezembro de 1956 instituiu medidas de prevenção contra pessoas perigosas para a segurança e moralidade públicas. Por decisão datada de 20 de maio de 1970 (*sentença* nº 76), a Corte Constitucional declarou a ilegitimidade, em face da Constituição de dispositivo daquele diploma, na parte em que não previa a assistência obrigatória de advogado ao acusado. Pela *sentença* nº 122, de 22 de julho de 1972, a Corte declarou, igualmente, a ilegitimidade constitucional da primeira parte do art. 149 do Código de Processo Penal, por não prever, quando da correção de defeito material de uma decisão, a nomeação de advogado de ofício para o interessado, se este não houver indicado algum de sua confiança, bem como a intimação de tal advogado para comparecer e participar da discussão.

Em várias outras ordens constitucionais, como a brasileira, o tema foi, por muito tempo, tratado apenas como mera excentricidade do modelo constitucional alemão.

Em meio à difusão das discussões acerca da **força normativa** da Constituição e da efetividade de suas normas, a matéria ganhou relevância e tornou-se presente em Leis Fundamentais posteriores. E, seja por essa recente adoção de tal modelo de controle, seja pela

sua complexidade, as polêmicas que o circundam estão longe de ser definitivamente solucionadas.

No Brasil, a inconstitucionalidade por omissão teve sua primeira previsão na Constituição de 1988, por inspiração na Constituição Portuguesa de 1976.³³ Em consequência, foram-nos apresentados pelo constituinte, também, os mecanismos de controle da omissão legislativa, examinados a seguir.

3.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão — considerações gerais e efeitos das decisões

Inicialmente, importante consignar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não se destina à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas, sim, à defesa da ordem jurídica, pois visa à preservação da ordem constitucional. Seu objetivo precípua é permitir eficácia plena às normas constitucionais — busca-se a proteção de um interesse público, o que a torna um processo de natureza objetiva; não há a discussão de qualquer interesse de agir individualizado.

Devido a essas características basilares, há limitação dos titulares do direito de propositura da ADO, que se restringe àqueles que seriam capazes de representar eventual interesse público — veremos, mais abaixo, a quem foi conferida a legitimidade de sua propositura.

A previsão dessa Ação na Constituição da República consta da Seção que cuida das competências do Supremo Tribunal, mas apenas está expressa no parágrafo segundo do artigo 103, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional n.º 3/1993, segundo a qual “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

³³ Artigo 283 da Constituição Portuguesa:

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Apesar da aferível indefinição dos dispositivos que tratam das ações diretas, aplica-se à propositura da ADO o mesmo rol de legitimados que a Constituição atribui à Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (artigo 103, *caput*). Isso por entendimento sedimentado com a promulgação da Lei n.º 12.063/2009, que introduziu na Lei n.º 9.868/1999 um capítulo referente à ADO³⁴ e, no artigo 12-A, determinou que “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade”.

O rol de legitimados para a propositura é o seguinte: (i) O Presidente da República; (ii) A Mesa do Senado Federal; (iii) A Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) A Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) O Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; (vi) O Procurador-Geral da República; (vii) O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (viii) Partido político com representação no Congresso Nacional; e (ix) Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Do artigo 12-B da Lei n.º 12.063, podemos identificar o objeto da ADO, notadamente porque esse dispositivo estabelece que a petição inicial deverá indicar “a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”. Seu objeto, portanto, poderá ser omissão legislativa ou administrativa que tornem ineficaz norma constitucional. Foquemo-nos nas providências de índole legislativa, que é parte substancial desta obra.

Delineados os aspectos gerais da ADO, passa-se à análise dos efeitos das decisões do STF quando de sua apreciação, o que levará à visualização prática de sua conformação.

Como já anunciado acima, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa ao reconhecimento, pelo Judiciário, da morosidade em apreço. Em síntese, apelar-se-á ao legislador, para que empreenda as medidas necessárias ao cumprimento do preceito constitucional ofendido. Não há que se falar em edição, pela própria Corte, de norma aplicável ao caso concreto, sob pena de afronta à divisão dos Poderes. Nos termos do artigo 103, parágrafo segundo, da CRFB/88, apenas “**será dada ciência** ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”.

³⁴ A Lei n.º 9.869/1999, anteriormente à edição da Lei n.º 12.063/2009, apenas dispunha sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Não obstante, tem-se observado, comumente, a estipulação de um prazo para que o legislador sane a omissão — mais ao final deste trabalho, veremos que a desatenção ao prazo estabelecido torna apta a possibilidade de condenação do Estado em indenização pelos danos causados aos terceiros. Como exemplo paradigmático, cita-se a ADI n.º 3.682, cuja ementa do acórdão foi publicada nestes termos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDACÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15/1996. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição.

2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.

4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (2007, ADI 3682, relator ministro Gilmar Ferreira Mendes)

Da leitura da ementa, nota-se com clareza a fixação de um prazo para a superação da omissão inconstitucional. Chama a atenção o trecho do item 4 em que se afirma que “não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas

apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável”: tem-se, em verdade, uma declaração cautelosa com relação à interferência do Judiciário nos demais Poderes da União; todavia, a permanência da omissão além do prazo alvitado é exatamente o que pode gerar o dever do Estado de indenizar, o que nos faz entender que se trata, sim, de uma imposição.

Também se verifica que a correção da omissão pode ter caráter retroativo. Isso quer dizer que o ato legislativo que vise a sanar a omissão deve ter, muitas vezes, efeitos tendentes a minimizar os danos causados pelo período de inércia. A nova lei deve buscar atingir, ao menos — desde que as peculiaridades do caso permitam —, a data da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da omissão. Afinal, como no caso da ADI 3.682, nunca haverá instantaneidade na promulgação da lei.

Por último, no que diz respeito à omissão parcial, a declaração de inconstitucionalidade deve admitir a suspensão de aplicação da lei considerada *insuficiente*. É que uma lei cujo teor não alcança as determinações da Constituição é, por via reflexa, inconstitucional. Essa técnica de decisão variará a cada caso, porquanto há hipóteses em que a lei, apesar de *insuficiente*, é absolutamente indispensável.

Como ilustração da situação acima, menciona-se o salário mínimo, previsto no artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República³⁵, cuja fixação se dá através de ato legislativo. A equação é simples: caso se entendesse por eventual omissão do legislador na fixação do salário mínimo, em virtude da não abrangência de todas as exigências do texto constitucional, a suspensão do dispositivo de lei causaria danos ainda maiores, pois deixaria de existir o piso salarial — o estado de inconstitucionalidade seria ainda pior.

3.3.2 Mandado de Injunção — considerações gerais e efeitos das decisões

Ainda como remédio contra a omissão legislativa inconstitucional, temos o Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República, *in verbis*: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

³⁵Art. 7º, IV - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, **fixado em lei**, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Não se refere a uma forma de controle abstrato, mas a um controle concreto, isto é, trata-se de mecanismo de garantia individual (mecanismo subjetivo, contrariamente à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão). Exatamente por isso, o Mandado de Injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive pessoa jurídica de direito público; há, ainda, a existência do mandado de injunção coletivo. Sobre a competência para julgamento do MI, há previsões nos artigos 102, inciso I, alínea “q”; 102, inciso II, alínea “a”; 105, inciso I, alínea “h”; 121, parágrafo quarto, inciso V; e 125, parágrafo primeiro, da Carta Magna³⁶.

Mais uma vez, temos um dispositivo constitucional genérico, que deixa a cargo da doutrina e da jurisprudência o estabelecimento de parâmetros para sua aplicação. Diante de diferentes posições no tratamento do MI, citemos J. J. CALMON DE PASSOS (1989), para quem o Tribunal estaria legitimamente dotado da função de indicar normas aplicáveis e que essas seriam utilizadas em casos semelhantes, o que se aproximaria, efetivamente, da atividade legislativa. Além de pertinente, é a posição que mais se aproxima da atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. Veja-se a passagem seguinte (pp. 123 e 124):

³⁶Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção. [É do TSE a competência para julgar recurso ordinário de mandado de injunção denegado por TRE].

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. [A Constituição do Estado definirá a competência dos tribunais].

Decidindo o mandado de injunção, o magistrado não se sensibiliza em função do caso concreto, ele o situa na generalidade de sua ocorrência e infere a norma mais adequada para disciplinar esse universo de casos concretos. [...] decidindo, o Supremo definirá a norma, que não é aplicável só a esse caso, mas a todos os casos iguais, dada a absoluta impossibilidade de se regulamentar um preceito constitucional sem atendimento ao princípio maior da igualdade de todos perante a lei, também presente na espécie. Os julgadores realizam, em verdade, decidindo o mandado de injunção, uma atividade em tudo correspondente à do legislador competente para a regulamentação do preceito constitucional. Submetidos aos princípios diretores da Constituição, imbuídos do seu espírito, fiéis aos valores cuja tutela o preceito busca assegurar e considerando a situação de fato na sua dimensão geral, entre as várias opções políticas compatíveis, decidem-se pela que lhes parece mais consentânea.

Como já sinalizado acima, o Supremo Tribunal Federal tem atuado de forma similar ao que consta nas palavras de J. J. CALMON DE PASSOS. Há algum tempo, a Corte limitava-se à declaração da morosidade do legislador; nos últimos anos, porém, tem entendido por essa possibilidade de regulação jurídica provisória das situações postas à sua análise, bem como pela aplicação da mesma solução a casos semelhantes (teoria concretista geral)³⁷. Dessarte, as decisões em mandado de injunção podem funcionar como apelo ao legislador — também com a possibilidade de indicação de prazo para atuação, assim como visto na análise da ADO — e como determinação integrativa.

A mudança de entendimento do Tribunal para permitir decisões integrativas sedimentou-se em mandados de injunção relativos ao direito de greve dos servidores públicos, conforme anota ABHNER YOUSSEF ARABI (2013, pp. 43 e 44):

Nos primeiros casos levados ao tribunal, costumava-se decidir que o direito de greve para servidores públicos não poderia ser exercido enquanto não fosse regulamentado pela edição de lei prevista no texto constitucional. Argumentava-se que se tratava de norma constitucional de eficácia limitada e, portanto, de eficácia dependente de norma regulamentadora e não autoaplicável. Tal posicionamento foi adotado por reiteradas vezes durante longo período, vezes das quais figuram como exemplo os Mandados de Injunção 2069, 48570 e 58571. Note-se que, uma vez mais, o posicionamento inicial da Corte foi bastante restritivo, no sentido de tão somente declarar a existência da mora legislativa quanto à edição de norma específica que discipline o direito fundamental em jogo.

Entretanto, persistente o estado inconstitucional de mora legislativa, passou a surgir a ideia de aplicação provisória da lei geral de greve dos trabalhadores da iniciativa privada (Lei nº 7.783/89) também para os servidores públicos. Ressalte-se que se trataria de aplicação provisória, incidente apenas enquanto não editada a aludida lei específica. Operou-se, assim, na jurisprudência do STF, uma revisão parcial de entendimento, exemplificada

³⁷Sobre a perspectiva da teoria concretista geral, cf. GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 183 e 184.

no julgamento dos Mandados de Injunção 67072 e 71273. Passou-se a adotar uma solução mais concretizadora para o insistente quadro de omissão que se verificava, de modo que se decidiu aplicar analogicamente aos servidores públicos a lei geral de greve. Tal giro jurisprudencial decorreu da impossibilidade de persistência do quadro de “selvageria”, citando as palavras do Ministro Eros Grau, relator do MI 712, que se instaurara em razão do vácuo legislativo, quadro este que traria consequências nefastas ao Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, não se pode deixar de destacar que, apesar de ocorrer uma atuação concretizadora/integrativa, o Tribunal deve ter a preocupação de “partir de um critério decisório já presente no ordenamento jurídico” (QUINTAS, 2013, p. 335), o que explica a adoção, na temática relativa ao direito de greve dos servidores públicos, de regime já existente: a lei geral de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

Em resumo, tem-se verificado a expansão dos efeitos das decisões em Mandados de Injunção: esse mecanismo, apesar de previsto apenas para garantias subjetivas, passa a adquirir, além do aspecto normativo, dimensão efetivamente objetiva.

Apresentados os remédios processuais para os atos omissivos do legislador, passa-se à análise do dever de indenizar que sobrevém ao reconhecimento da inconstitucionalidade desses atos.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL DECORRENTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Ante as considerações anteriores, pode-se viabilizar a discussão sobre o direito a indenização por danos causados pela omissão legislativa inconstitucional. Convém tratar de alguns pontos que demonstram essa possibilidade, passando, por epítrope, pelos fundamentos utilizados por aqueles que não a admitem, com o fito de afastá-los.

4.1 Posicionamentos contrários ao reconhecimento do dever de indenizar do Estado

Grande parte dos juristas ainda não visualiza o cabimento da responsabilização estatal pela omissão legislativa. Para defender a posição favorável, não poderíamos deixar de observar seus fundamentos. Por isso, tratemos de algumas decisões judiciais que indeferiram o pleito indenizatório em tais casos e de algumas lições doutrinárias que também entendem pela impossibilidade da responsabilização, sempre buscando demonstrar por que não prosperam.

4.1.1 A violação ao princípio da separação dos poderes; a Súmula n.º 339 do Supremo Tribunal Federal

O tema que mais suscita o debate é o relativo à revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, prevista no artigo 37, inciso X, da CRFB/88³⁸. O reajuste ocorre, necessariamente, através de ato legislativo. Em geral, tem-se denegado os pedidos que visam à indenização pela mora em sua concessão, não obstante já tenha sido declarada a inconstitucionalidade dessa omissão em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (no tópico referente ao RE 565.089, em que se reconheceu a repercussão geral dessa demanda, adentraremos aos seus detalhes).

Sobre essa hipótese, vejamos, abaixo, o teor da ementa de julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, publicado em dezembro de 2013, em que não se admitiu a indenização.

³⁸ Art. 37, X - A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser **fixados ou alterados por lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REVISÃO GERAL ANUAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ART. 37, X DA CF/88 (APÓS A EC 19/98). OMISSÃO LEGISLATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ADIN 2.061/DF. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. 1. O art. 37, X da CF/88 (com redação após a EC 19/99), assegurou aos Servidores Públicos Federais o direito subjetivo à revisão geral anual de suas remunerações, a ser promovida mediante lei específica de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo; conforme decidido pelo STF no julgamento da ADI 2.061/DF³⁹, o Presidente da República incide em mora inconstitucional por não enviar ao Congresso Nacional, ano a ano, projeto de lei que implemente a revisão prevista no art. 37, X da CF/88. 2. Em que pese a omissão do Poder Executivo, não é possível a concessão de indenização por danos materiais pelo Judiciário, o que implicaria na possibilidade, por via oblíqua, de o Judiciário se substituir ao Poder Executivo na iniciativa de recompor as perdas havidas na remuneração do Servidor Público Federal. 3. Não cabe ao Judiciário cominar prazo para o exercício da iniciativa privativa do Chefe do Executivo Federal para a lei de reajuste anual da remuneração dos Servidores Públicos da União, não pode também condenar este ente federativo ao pagamento de indenização por danos morais ou patrimoniais decorrentes da mora (Rel. 4.700/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 24.10.06, p. 59). 4. Apelação improvida. (2013, TRF-5, AC: 8004626320124058200, relator desembargador Rogério Fialho Moreira)

Esse aresto retrata o entendimento predominante dos Tribunais brasileiros, no sentido de não haver, na hipótese, caracterização de responsabilidade civil do Estado. A principal razão para a improcedência foi a consideração de que, conferida a indenização, o efeito legislativo em discussão estaria concedido, ainda que indiretamente. De tal forma, haveria violação ao princípio da separação dos poderes.

Antes de avaliarmos a conclusão alcançada, veja-se outro julgado, que adota posicionamento semelhante. Cuida-se da Apelação Cível n.º 0595116-0/PR, processo no qual se pleiteou indenização por omissão legislativa do Poder Executivo, em virtude da mora do Governador do Estado do Paraná em regulamentar o direito constitucional de participação nos lucros (artigo 7º, inciso XI, da Constituição da República⁴⁰). Os parâmetros de aplicabilidade

³⁹No julgamento da ADI 2.061/DF (2001, ministro relator Ilmar Galvão), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da mora do Presidente em desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União. Consideramos que omissões nos casos em que haja prazo expresso e renovável na norma constitucional, como é a hipótese da revisão geral anual, caso cessem com eventual edição de lei posterior, serão novamente inconstitucionais (prescindindo-se de outra análise pelo Supremo) se, no período seguinte, voltar a ocorrer a mora. Seria ilógico — e ineficaz, uma vez que as ações não seriam julgadas a tempo — exigir uma Ação Direta a cada ano em que se configure tal circunstância.

⁴⁰Art. 7º, XI, da CRFB/88: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

desse dispositivo seriam de atribuição daquela autoridade, conforme o artigo 5º da Lei n.º 10.101/2000⁴¹.

O autor da ação objetivava a participação nos lucros empresariais da Agência de Fomento do Paraná S/A. Apesar de autorizado a regulamentar esse direito desde 2000 (através da Lei n.º 10.101/2000), o Governador do Estado apenas o fez em 2007, ou seja, durante sete anos os trabalhadores estiveram concretamente prejudicados.

Na primeira instância, o processo havia sido extinto, sem resolução do mérito, por ilegitimidade da parte passiva. Por sua vez, o TJPR admitiu o Estado do Paraná como parte legítima, mas julgou improcedente o pedido do apelante.

Como primeiro fundamento, aduziu o Tribunal que o artigo 5º da Lei n.º 10.101/2000 não incluiria a Agência de Fomento do Paraná S/A. Isso porque seu parágrafo único menciona “empresas públicas, sociedade de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente detenha a maioria do capital social com direito a voto”, o que afastaria a suscitação em desfavor do Estado do Paraná. Para nossos objetivos, desnecessário adentrar ao mérito desse fundamento; passemos a verificar o que a Turma alegou quanto à possibilidade de responsabilização pela omissão legislativa.

Asseverou a Corte:

[...] mesmo que trouxesse a Lei o alcance alegado, não se denota que tenha caráter impositivo, visto que não se encontra nenhum ponto em que se tenha fixado um limite temporal (prazo) para se disciplinar a matéria, do que se conclui que não se pode falar em mora legislativa por parte do Poder Executivo do Estado do Paraná, a conferir direito de reparação de danos ao autor.

Sendo assim, sobressai-se uma das principais características dos atos administrativos que é o estudo acerca da conveniência e oportunidade que deve ser feito pela autoridade competente.

E, nesse sentido, se o Chefe do Poder Executivo do Estado, analisando as condições político-econômicas deste ente federativo, postergou a edição do Decreto competente. Aplicou-se o princípio do paralelismo das formas, a dar efetividade aos preceitos constitucionais e legais reclamados pelo autor, não havendo que se falar em direito à reparação por danos materiais aos trabalhadores. Outrossim, a participação nos lucros ou resultados importa em demanda de verbas, o que, por sua vez, reclama possibilidade de previsão na legislação competente, até então não verificável.

Sem dúvida, portanto, o autor, como todos os demais trabalhadores em situação análoga, não tinham senão expectativa de direito quanto à citada participação nos lucros, não havendo, assim, fundamento para arguir tenham

⁴¹Art. 5º da Lei n.º 10.101/2000: A participação de que trata o art. 1º desta Lei, relativamente aos trabalhadores em empresas estatais, observará diretrizes específicas fixadas pelo Poder Executivo.

sofrido qualquer espécie de dano indenizável. (2009, TJ-PR, relator desembargador Paulo Roberto Vasconcelos).

Através da comparação com o julgado anterior, constata-se a linha geral de fundamentos para a inadmissão da indenização decorrente da omissão legislativa. A grande preocupação reside na Separação dos Poderes (artigo 2º da Constituição da República⁴²), o que não possibilitaria ao Judiciário adentrar a exames específicos de conveniência e oportunidade de edição de leis.

Nesse sentido o aludido *princípio do paralelismo das formas*, segundo o qual “um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-la” (BONAVIDES, 1996, p. 182). A referência do acórdão busca demonstrar que ao Judiciário não cabe conferir a terceiros eventual decisão dotada de efeitos legislativos, mesmo que por via reflexa.

Nessa seara, convém ressaltar a comum aplicação da Súmula n.º 339 do STF quando se discute a concretização do inciso X do artigo 37 da CRFB/88 — segundo esse verbete, “não cabe ao Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. Sua aplicação na discussão referente à responsabilização estatal pela omissão do legislador repisa a notável insegurança quanto à interferência do Judiciário nos demais âmbitos da Administração Pública.

Pese embora o notável cuidado em se manter a harmonia e independência dos Poderes da União, não merecem guarida essas conclusões.

A discussão remonta ao que foi tratado acerca da atuação do Judiciário no controle das omissões. Não se trata de invadir a esfera de juízo do Estado quanto à conveniência e oportunidade na edição das leis, mas cabe ao Judiciário garantir a manutenção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, cuja aplicação é imediata, conforme parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição⁴³. Igualmente, não há substituição aos Poderes Legislativo ou Executivo, mas apenas uma forma de controle ou ressarcimento dos danos já concretamente causados.

⁴²Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴³No tópico referente à *necessidade de cumprimento das decisões em controle de omissão legislativa* (4.2.3), será mais detalhadamente analisada a aplicação do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República.

Nessa linha, vale transcrever algumas conclusões de ANDRÉ PUCCINELLI JÚNIOR (2013, pp. 102 e 103) sobre tal necessidade de respeito aos direitos fundamentais quando conflitantes com atividades políticas hipoteticamente discricionárias.

Em princípio, cabe ao legislador decidir sobre a destinação dos recursos orçamentários. Trata-se, porém, de uma competência relativa, e não absoluta, pois exercida sob o império das normas constitucionais, especialmente daquelas definidoras de prestações socioeconômicas. Assim, a ‘liberdade de conformação’ do legislador em assuntos orçamentários “encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira’. Desatendido tal pressuposto, legitima-se a intervenção do Judiciário para corrigir eventuais distorções.

[...]

Como se observa, a distribuição de recursos públicos deixa agora de ser uma questão de discricionariedade política para se converter numa questão de respeito pelos direitos fundamentais.

[...]

É de se observar, outrossim, que a intervenção judicial na competência orçamentária do legislador não constitui novidade alguma no cenário jurídico nacional. De fato, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei instituidora de tributo, por violação a direitos fundamentais do cidadão, o Poder Judiciário sempre acaba interferindo na composição do orçamento público, embora isto não seja usualmente suscitado como óbice à invalidação da norma.

Ademais, ao afirmar-se que a inexistência de prazo para a edição da lei afastaria a mora legislativa e que a Constituição conferiria mera expectativa de direito, atribui-se ao legislador a possibilidade da inércia inconsequente e ignora-se a força normativa da Carta Maior.

4.1.2 A doutrina consequencialista; o princípio da reserva do possível

Também há grande controvérsia acerca dos impactos econômicos causados por comandos judiciais. É o que a doutrina consequencialista traz à discussão, que se enfatiza pela inobservância de preceitos constitucionais com justificativa no excesso de despesas públicas. Nessa perspectiva, observam-se elevações monumentais do *princípio da reserva do possível*, em consequente ofensa a direitos e garantias fundamentais.

Entendemos que esses fatores não podem ser determinantes para a inviabilização do pleito indenizatório perante omissões legislativas inconstitucionais. Isso porque o papel do magistrado é analisar se a pretensão posta em Juízo coaduna-se ou não com

o ordenamento jurídico. O juiz não pode utilizar impactos econômicos como fatores absolutamente resolutivos de suas decisões.

Em voto proferido nos autos do RE 565.089, cuja maior discussão se travará em tópico específico, aduziu o ministro MARCO AURÉLIO:

Esclareço não preconizar, com isso, ignorar-se no processo a quadra vivida. Não perco de vista o horizonte social quando busco a solução dos problemas jurídicos com que me defronto. Aliás, qualquer interpretação jurídica parte da consideração de elementos fáticos, ainda que seja uma interpretação em abstrato, pois, mesmo em casos tais, o magistrado não deixa de formular a hipótese e alcançar conclusões com base na realidade conhecida. O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos – extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição –, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática.

Dito de outra maneira, não se busca agir por puro automatismo jurídico, mas considerações pragmáticas não podem sobrepor-se à eficácia jurídica da Constituição. E assim tem agido acertadamente o próprio STF, em casos emblemáticos que tratam da concessão de medicamentos ou tratamentos de saúde — a tão discutida *judicialização da saúde*.⁴⁴

Ainda no mesmo voto, assevera o ministro: “O Supremo não é o Ministério da Fazenda ou o Banco Central do Brasil. Não compete ao Tribunal fazer contas quando está em jogo o Direito, mais ainda quando se trata do direito constitucional.” O que se quer concluir é que não pode haver uma *banalização do princípio da reserva do possível*.

A teoria da reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, em caso no qual se discutia a restrição do número de vagas em duas Universidades (BVerfGE 33, 303). O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha asseverou que algumas prestações estatais estariam sujeitas ao que a sociedade poderia racional e razoavelmente exigir do Poder Público: tal restrição seria a *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) (MARTINS (org.); SCHWABE, 2005, pp. 656–667).

⁴⁴Oportunamente, veja-se a ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal, datado de 09.04.2013, que retrata essa perspectiva:

Paciente portadora de doença oncológica – Neoplasia maligna de baço – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial – Fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas carentes – Dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, “caput”, e 196) – Precedentes (STF) – Responsabilidade solidária das pessoas políticas que integram o Estado Federal brasileiro – Consequente possibilidade de ajuizamento de ação contra um, alguns ou todos os entes estatais – Recurso de agravo improvido. (2013, RE 716777 AgR, relator ministro Celso de Mello).

A ideia de reserva do possível está intimamente ligada à correlação indivíduo-coletividade, pela qual se podem extrair as prioridades que devem ser observadas pelos órgãos estatais. Com base nisso, o destino dos recursos públicos precisa ter como vetores os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, com a devida implementação dos direitos sociais (GONÇALVES, 2013).

Exatamente por isso, sua aplicação deve qualificar-se como exceção, limitada aos casos de impossibilidade real de atuação estatal perante as limitações orçamentárias, como dispõe LUCAS FURTADO (2012, p. 870).

Temos, portanto, regra e exceção. A regra é a de que limitações orçamentárias não podem legitimar a não atuação do Estado no cumprimento das tarefas relacionadas ao cumprimento dos deveres fundamentais. A exceção, em que se aplica a teoria da reserva do possível, é admitida em situações em que seja demonstrada a impossibilidade real de atuação do Estado em razão das limitações orçamentárias. Assim, se existem recursos públicos, mas se optou pela sua utilização em outros fins, não voltados à realização dos direitos fundamentais, não é legítima a arguição da teoria da reserva do possível.

4.1.3 O direito subjetivo à edição de leis

Retomando o que se discutiu acerca das normas constitucionais que exigem concretização legislativa, veem-se críticas no sentido de que essas normas não criariam para os cidadãos um direito subjetivo na versão positiva: dessarte, não haveria que se falar em responsabilidade estatal por ausência de normas. Dito de outra maneira, afirma-se que os cidadãos teriam tão somente direito subjetivo em aspecto negativo, isto é, de proibição de edição de normas contrárias aos direitos constitucionalmente assegurados.

Todavia, como já bem demonstrado quando discutida a efetividade dos preceitos constitucionais, é ultrapassada qualquer assertiva no sentido de que aquelas normas seriam desprovidas de força normativa. Conforme anota LUÍS ARMANDO VIOLA (2006, p. 366), “é certo que [a existência de normas não exequíveis por si mesmas] não retira a efetividade da norma pois esta faz surgir um direito subjetivo negativo ao impor ao Poder Público a abstenção da prática de atos contrários aos ‘programas de ação’ ditados pela norma” (acréscimos nossos). E, por outro ângulo, “estamos diante de direitos públicos subjetivos de prestação, na medida em que são direcionados ao gozo de direitos sociais a serem proporcionados pelo Estado, mediante um programa de ação a ser integrada por legislação futura porém vinculada” (p. 366).

Sobre a necessária cautela diante da força normativa do texto constitucional, vale registrar interessante análise do alemão KONRAD HESSE (1991, p. 7), o qual estabeleceu um contraponto a FERDINAND LASSALLE, que em 1862 afirmara que a Constituição seria mera folha de papel, submetida a fatores reais do poder político⁴⁵. Veja-se trecho da teoria de HESSE:

[...] a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Nesse contexto de suposta falta de direito subjetivo à edição de normas, fecha-se este tópico com a discordância do posicionamento conclusivo de LUCAS FURTADO acerca da responsabilidade civil do Estado advinda da omissão legislativa inconstitucional.

É que o autor afirma que a responsabilização somente ocorreria se o direito já estivesse completo, cabendo à lei apenas definir as condições ou a forma de seu exercício (2012, pp. 878 e 879). Até aí, a conclusão parece correta. Porém, ele utiliza o caso do reajuste dos vencimentos dos servidores públicos, por exemplo, para afirmar que a Constituição não teria conferido completamente aquele direito, apenas porque a aprovação da lei definiria o *quantum* a ser ressarcido, de modo que não haveria a existência de direito subjetivo dos cidadãos.

Essa conclusão é contraditória. Ora, da forma como posta, não haverá situações para admissão da responsabilidade estatal. Isso porque — valendo-se do mesmo exemplo —, se a lei confere até o *quantum* a ser ressarcido, nem sequer haveria a necessidade de edição do ato legislativo, restando o direito completamente efetivado pela própria Constituição. Em verdade, o ato previsto no inciso X do artigo 37 da CRFB/88 nada mais é do que a definição de condições e formas de exercício do direito já garantido constitucionalmente.

⁴⁵Cf. LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

Em epítome, FURTADO afirma que, em situações excepcionalíssimas, seria admitida a responsabilização; porém, nos termos em que apresentada, a possibilidade é tão rara que nunca ocorreria.

4.2 Posicionamentos favoráveis ao reconhecimento do direito a indenização; a configuração de danos morais

Passemos à análise de entendimentos favoráveis ao reconhecimento do direito em questão, os quais, segundo aqui entendemos, são capazes de afastar plenamente as conclusões divergentes acima expostas. Para seguir a mesma estratégia, verificaremos, primeiro, algumas decisões judiciais, resgatando-se seus fundamentos. Em seguida, serão expostos mais alguns argumentos favoráveis à pretensão deste estudo, de modo a contemplá-los por completo.

No Processo n.º 2003.71.00.077439-4, oriundo de Porto Alegre, discute-se outra vez a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos. Antes dos comentários, vejamos parte da ementa do acórdão, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reformou a sentença denegatória do pleito.

2. Nos termos em que formulado o pedido — indenização por danos causados pela mora legislativa — não se vislumbra óbice legal à pretensão, porquanto há previsão abstrata no ordenamento jurídico da responsabilização do Estado em face de danos causados a terceiros — art. 37, § 6º, da CF/88, donde surge amparado juridicamente o pleito trazido a desate.

[...]

4. A ausência de revisão geral, por omissão do Poder Executivo em promovê-la, pretextou significativa lesão ao patrimônio dos servidores públicos, que não tiveram a recomposição da força aquisitiva das suas remunerações.

5. Considerando que o prejuízo dos servidores públicos tem conexão direta com a omissão da autoridade estatal que não adotou medidas, afetas à sua esfera de competência, para realização concreta do preceito constitucional, resta identificado o nexo entre o dano dos servidores públicos e a conduta omissiva do agente estatal, conformando-se os pressupostos da responsabilidade civil e do consequente dever de indenizar, nos moldes que concebido no § 6º do art. 37 da CF/88.

6. É de assegurar-se a compensação dos aumentos posteriores com aqueles devidos sob pretexto indenizatório.

7. Adoção da variação do INPC como critério de cálculo da indenização, porque é o índice que melhor reflete a perda inflacionária experimentada pelos servidores públicos e pela grande massa populacional. (2006, TRF-4, AC: 77439 RS 2003.71.00.077439-4, relator desembargador Luiz Carlos de Castro Lugon)

Nesse julgado, observa-se o acertado uso de equação simples e direta para a procedência do recurso: se caracterizado o dano a terceiro e existente o nexo causal, há direito a indenização, nos moldes precisos do parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição da República.

Em segundo lugar, mencione-se a Apelação Cível n.º 0000772-38.2004.4.03.6002, apreciada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Mais uma vez foi posta à análise do Judiciário a responsabilização civil decorrente da omissão do chefe do Poder Executivo em enviar a proposta de lei prevista no inciso X do artigo 37 da CRFB/88.

Preliminarmente, vejamos trecho do acórdão, que, reformando a sentença que havia julgado improcedentes os pedidos, condenou o Poder Público ao pagamento de R\$ 14.400,00 (quatorze mil e quatrocentos reais) a título de indenização por danos morais.

VI - A Súmula 339 do STF, a qual dispõe que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia, não é hábil a elidir o direito desses funcionários à indenização, à vista de que não se trata propriamente de concessão de aumento, mas sim de ressarcimento em razão da ausência do reajuste.

VII - A vista da decisão do STF que julgou inconstitucional a omissão do Presidente da República, promulgou-se a Lei nº 10.331, em 18.12.2001, a qual fixou o índice geral das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais em 3,5 % (três e meio por cento). Posteriormente, a Lei nº 10.697, de 02.07.2003, estabeleceu o percentual 1%. Desse modo, nos anos de 1999, 2000 e 2001 ignorou-se a revisão de tais vencimentos. Portanto, restou claro que a União tinha o dever constitucional de agir e ao se omitir lesou os servidores públicos federais.

VIII - Ficaram evidenciados os danos morais consubstanciados na perturbação de ordem psíquica e social sofrida pelos servidores em consequência da indignação moral frente ao completo desrespeito à norma constitucional e da constatação da sua impotência, da sucessiva desvalorização do seu trabalho e da ofensa à sua dignidade. Toda a circunstância descrita, a qual denota completo descaso do poder público para com os direitos do funcionalismo público, além de ter gerado patente redução da qualidade de vida desses trabalhadores, tem um reflexo moral fundamental, uma vez que os atinge de modo bastante negativo na sua identidade, na sua autoestima, entendidas como a percepção que tem do seu valor para a sociedade da qual faz parte e no respeito que tem por ele mesmo. (2012, TRF-3, AC: 772 MS 0000772-38.2004.4.03.6002, relatora juíza convocada Raecler Baldresca)

Depreende-se da transcrição acima que a razão de destaque utilizada pelo Tribunal foi a completa omissão do legislador em proceder aos reajustes nos anos de 1999, 2000 e 2001, em desatenção a dever constitucional de agir. Esse fato caracterizou a desvalorização do trabalho e a ofensa à dignidade dos servidores, pelo que se entendeu devida a indenização por danos morais.

Nesta obra, optamos por não nos aprofundar nos aspectos relativos especificamente ao dano moral como ensejador de indenização por omissão legislativa inconstitucional. Limitamo-nos a mencionar, em sentido genérico, a existência de *danos*. Entretanto, fazem-se necessárias algumas ponderações.

Antes de adentrar a essa questão, vale sublinhar o acertado afastamento da aplicação da Súmula 339 do STF pelo TRF-3ª Região. Com toda razão, entendeu-se que conferir o direito a indenização não significa conceder o aumento previsto no artigo 37, inciso X, da CRFB/88, mas, sim, **apenas uma forma de ressarcimento em razão da ausência do reajuste.**

Sobre a indenização conferida, a controvérsia reside, além da aqui debatida possibilidade de responsabilização estatal, em saber se danos decorrentes de omissões legislativas poderiam constituir ofensa à moral dos cidadãos. Posicionemo-nos no sentido de que, sim, há a viabilidade de caracterização dessa injúria.

Com efeito, pode haver grandes ofensas à esfera subjetiva de terceiro, o que constitui muito mais do que meros dissabor. De fato, o óbice ao exercício de um direito constitucionalmente assegurado gera graves abalos psíquicos aos cidadãos; dessarte, desde que comprovado o nexo de causalidade, presume-se o dano moral — lesão provada *in re ipsa*, isto é, **pela força dos próprios fatos.**

Para ilustrar o que se defende, tentemos visualizar a hipótese seguinte: a omissão na regulamentação do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, prevista no artigo 40, parágrafo quarto, da Constituição da República⁴⁶.

Esse dispositivo constitucional nunca foi regulamentado. Impossibilita-se, assim, que servidores públicos submetidos a riscos contínuos no exercício de suas atribuições gozem de seus direitos de aposentadoria após decurso temporal menor do que o necessário para aqueles que laboram em condições salubres e perfeitas. A finalidade do benefício é

⁴⁶ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I - portadores de deficiência;

II - que exerçam atividades de risco;

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

amparar o trabalhador que exerce suas funções em condições nocivas e perigosas à saúde: para tanto, reduz-se o tempo de contribuição necessário para a aposentação.

Exatamente por isso, em várias oportunidades, o Supremo Tribunal já sedimentou a inconstitucionalidade da omissão e determinou a aplicação das disposições do artigo 57 da Lei n.º 8.213/1991, que trata da aposentadoria especial do Regime Geral de Previdência Social, também aos servidores públicos, enquanto perdurasse a inércia legislativa.

No dia 24 de abril de 2014, foi publicada a Súmula Vinculante n.º 33 do Supremo, segundo a qual “aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”.

Dito isso, resta saber se aqueles que foram obrigados a permanecer no exercício de suas atividades, por falta da norma regulamentadora, teriam direito à reparação moral. Parece correto que sim.

De fato, a impossibilidade de se aposentar de forma especial, através da redução do tempo de contribuição necessário, desgasta progressivamente a saúde e a integridade do servidor, exatamente porque a exposição aos agentes de risco e/ou insalubres permanece. Quanto maior o período de contato com esses agentes, intensifica-se o abalo psíquico do servidor, que fica impedido, ainda, de dedicar-se a outros planos pessoais e usufruir dos benefícios da inatividade.

Resumidamente, o óbice à obtenção da aposentadoria, que é um dos direitos mais elementares do trabalhador e está assegurado pela Carta Magna, leva, inevitavelmente, à configuração dos danos morais, em caráter *in re ipsa*.

Diante dessas considerações, afigura-se plausível a condenação do Poder Público ao pagamento de indenização por danos morais provocados a terceiros pela omissão inconstitucional do legislador.

Expostos e comentados esses harmônicos precedentes, seguem mais alguns argumentos favoráveis que merecem atenção.

4.2.1 Vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública

Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2006, p. 5), “enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea”, e sua vedação constitui **princípio geral do direito**.

Dessa concepção, perfeitamente aplicável ao Direito Administrativo, pode-se visualizar sua aplicação como mais um fundamento para a caracterização da responsabilização do Estado pelos danos a terceiros decorrentes de omissão legislativa inconstitucional. Isso porque pode restar caracterizado o prejuízo direto ao cidadão, em contraponto ao locupletamento da Administração Pública, sem qualquer razão juridicamente apropriada. Em outras palavras, o Poder Público não pode lograr vantagem mediante ato omissivo contrário à Constituição. O enriquecimento, então, é ilícito, o que enseja a recomposição patrimonial.

Ademais, frise-se que “a omissão de medidas legislativas reclamadas para tornar exequíveis as normas constitucionais de eficácia limitada, configurando o descumprimento de um dever constitucional de ação, subsume-se sempre no conceito de **ilicitude presumida**.” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 252).

4.2.2 A inescusabilidade do Judiciário na apreciação de lesão ou ameaça a direito

Sob outro ângulo de análise, temos a aplicação do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, o qual prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Cuida-se da **inescusabilidade** de apreciação, pelo Judiciário, de demandas que informem ofensas (concretas ou possíveis) a direitos.

Quanto ao que discutimos neste estudo, é possível atingir uma conclusão sem maiores desvios: se a omissão legislativa do Estado causou danos diretos a terceiros, não se pode negar o acesso ao Judiciário para a reparação da ofensa.

4.2.3 A necessidade de garantia do cumprimento das decisões em controle de omissão legislativa

Como observado no capítulo anterior, as decisões no controle da omissão legislativa, em teoria, possuem caráter puramente mandamental. Acontece que, em virtude da necessidade de atender-se prontamente à efetividade das normas constitucionais, já se tem admitido, por exemplo, a dimensão normativa dos julgamentos em mandados de injunção e a estipulação de prazos nas ADO, entre outros detalhes.

Exatamente por isso, entendemos que a responsabilização estatal por danos causados pela omissão inconstitucional deve ser um fator que corrobore para a efetiva prática do legislador, sobretudo quando as decisões constituem apenas *recomendações*.

Dito de outra forma, com a admissão da possibilidade de responsabilização do Estado, estaremos a impor atuações mais firmes das casas legislativas, que se verão diante de mais um obstáculo à inércia omissiva, pois haveria prejuízos diretos aos cofres públicos.

Este ponto nos leva, inevitavelmente, à aplicação do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata**”. Esse dispositivo faz-nos perceber que se deve evitar ao máximo o atraso na efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Assim, temos que as decisões declaratórias de omissão inconstitucional, além de já demonstrarem a procrastinação do legislador, não podem caracterizar-se meramente como *conselhos, lições e avisos infrutíferos*.

4.3 O RE 565.089

Tratemos, enfim, do RE 565.089, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, de que tanto fizemos remissão neste estudo.

Alguns servidores públicos do Estado de São Paulo ingressaram em juízo, há aproximadamente 7 (sete) anos, contra a Fazenda Pública desse Estado. Requereram diferenças remuneratórias, a título de indenização, decorrentes do não atendimento ao disposto no artigo 37, inciso X, da Constituição da República. De acordo com o pleito, deveria ser considerado o IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado) para cálculo dos valores devidos.

Em sentença, julgara-se improcedente o pleito. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou-lhe provimento. Em síntese, foram estas as razões explanadas pelo Tribunal:

Há que se considerar, ainda, a notória vedação de não caber ao Poder Judiciário, por via reflexa, legislar para aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia ou de constitucionalidade, matéria sumulada no enunciado 339 do E. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”.

[...]

Esbarra-se, no entanto, e definitivamente, na ordem constitucional, federal, de que remuneração dos servidores públicos somente poderá ser fixada ou alterada por lei específica, como está no artigo 37, X, da Constituição da República, e não se pode contornar a situação sob argumento de ser grave o dano decorrente da inexistência de majoração salarial, passível de ser imposta à Fazenda Pública.

É impossível creditar-se ao Estado de São Paulo a perda salarial decorrente da espiral inflacionária a corroer o salário dos autores. É que não ocorre

liame entre o alegado dano e atribuição de responsabilidade ao Estado, por não ser este o seu causador, como pretenderam os autores, ao buscar, em verdadeira via reflexa, conclusão de que há de ser possível concessão de reajuste salarial por determinação do Poder Judiciário, sem que isso incorra em grave violação de preceitos constitucionais. (2007, TJSP, AC 391.413.5/1-00, relator desembargador Borelli Thomaz)

Contra esse acórdão, foi interposto Recurso Extraordinário, cuja repercussão geral da matéria foi reconhecida, em 19.12.2007. Em seguida, a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer pelo provimento do recurso, cujos argumentos estão abaixo transcritos, *in totum*:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2492, reconheceu a omissão da autoridade competente no encaminhamento anual de projeto de lei, a fim de realizar a previsão insculpida no mi. 37, X, da CF/88, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, caracterizando mora no cumprimento do preceito magno.

Conquanto não possa o Judiciário atropelar a competência privativa e reservada do Chefe do Poder Executivo, prevista no art. 61, § 1º, II, "a", de observância obrigatória pelos Estados Membros e, tampouco, agir sem o respectivo embasamento legal, não se admite a existência de decisão judicial sem força coercitiva, inidônea a combater o estado de ilegalidade apurado, ou a ausência de responsabilização no caso de descumprimento de preceitos magnos, que condicionam a atuação estatal.

A *ratio essendi* da tripartição de poderes, invocada para justificar a impossibilidade da tutela requerida, é evitar os abusos pelo Estado, estabelecendo o controle recíproco de suas prerrogativas. A própria Carta Política estabelece como regra que qualquer lesão ou ameaça a direito deverá ser apreciada pelo Judiciário (cf. art. 5º, XXXV), assumindo a situação contornos mais graves quando está em causa patente desprezo pela norma constitucional, que, dirigida ao Chefe do Executivo, impõe a deflagração anual do processo legislativo, e, em sua outra face, voltada ao servidor público, gera direito subjetivo à revisão geral de vencimentos.

Admitir tese diversa, imunizando a atuação do Estado, em razão da estratégia política assumida, a qualquer controle judicial ou à efetividade que lhe é inerente, esvaziaria a força normativa da Carta Política, divorciando-se, evidentemente, de sua finalidade ao estruturar o poder e definir as fronteiras do seu exercício. (2008, Parecer nº 7024/2008-WM, subprocurador-geral Wagner de Castro Mathias Netto)

Apesar da brevidade, afigura-se prudente o parecer da PGR. Em resumo, prevaleceram três das razões anteriormente explanadas, quais sejam: (i) força coercitiva das decisões judiciais no controle de omissões legislativas; (ii) inescusabilidade de apreciação, pelo Judiciário, de lesão ou ameaça a direito; e (iii) primazia dos direitos constitucionalmente garantidos em face de interesses políticos, em atenção à força normativa e à efetividade da Constituição.

O ministro relator, MARCO AURÉLIO, em junho de 2011, também entendeu pelo provimento do recurso. Examinou, separadamente, os aspectos seguintes: (i) a efetividade

constitucional e a superação das omissões legislativas; **(ii)** a garantia do equilíbrio constitucional entre a remuneração do servidor público e os serviços prestados; **(iii)** a proteção constitucional à remuneração dos servidores públicos; **(iv)** a doutrina consequencialista na interpretação da Constituição; e, mais diretamente, **(v)** a responsabilização do Estado pela omissão inconstitucional.

Quanto ao item **i**, Marco Aurélio trabalha o que foi exposto neste estudo sobre a *eficácia social* da Constituição, sendo interessante destacar as seguintes passagens do voto:

[...] a inoperância da Carta Federal é situação a ser combatida, presente o apelo do cidadão em tal sentido e a prova da mora injustificável do legislador ou do chefe do Poder Executivo. Não é admissível transformar a Lei Maior em um “sino sem badalo”, como disse o professor José Carlos Barbosa Moreira a respeito da interpretação conferida pelo Supremo ao mandado de injunção, assentada precisamente no mencionado Mandado de Injunção nº 282.

[...] há de buscar-se a concretude, a eficácia maior, dos ditames constitucionais. (pp. 2 e 3)

Relativamente aos itens **ii** e **iii**, foge ao tema de nossa pesquisa adentrar em detalhes, mas, como registro, vale pontuar a imprescindibilidade de preservação dos valores dos vencimentos e subsídios dos servidores públicos, cuja irredutibilidade é assegurada pela Constituição. Como assegurou o ministro, a finalidade do artigo 37, inciso X, é resguardar os vencimentos dos efeitos perversos da inflação, motivo pelo qual se impõe a revisão geral anual.

No concernente à doutrina consequencialista, remetemos ao que registramos (tópico 4.1.2) da análise do ministro MARCO AURÉLIO (p. 10) sobre a impossibilidade de nossa Corte Constitucional tornar-se “um filtro pragmático quanto a disposições constitucionais cuja eficácia depende de recursos para que seja concretamente observada”.

Por último, precisamente sobre a possibilidade de responsabilização do Estado pela omissão legislativa inconstitucional, destacam-se os fragmentos seguintes da análise do relator:

O quadro demonstra o desprezo do Executivo ao que garantido constitucionalmente aos servidores públicos quanto ao reajuste da remuneração de forma a repor o poder aquisitivo da moeda. Nas esferas federal, estadual e municipal, em verdadeiro círculo vicioso, os olhos são fechados à cláusula clara e precisa do inciso X do artigo 37 da Carta Federal, asseguradora da revisão geral anual da remuneração, sempre na mesma data e sem distinção de índices. A consequência é o achatamento incompatível com a própria relação jurídica mantida, decorrendo desse fenômeno a quebra de equação inicial e o enriquecimento sem causa por parte do Estado.

[...]

O que se tem é o desrespeito pelo Estado, solapando o direito do servidor público, de norma de envergadura maior a impor o reajuste anual da remuneração, ano a ano, considerado o mesmo percentual que, alfim, é ditado pela inflação do período. Como então não se entender cabível a verba indenizatória, presente o que Celso Antônio Bandeira de Mello aponta como incúria e que se revela como verdadeira postura de força diante do prestador dos serviços?

[...]

Concluir não caber o acesso ao Judiciário para impor a responsabilidade própria a quem de direito é olvidar a garantia constitucional de acesso ao Judiciário para afastar lesão ou ameaça de lesão a direito. O círculo vicioso hoje notado nas três esferas – federal, estadual e municipal – não pode persistir. (pp. 13–15)

A ministra CÁRMEN LÚCIA acompanhou o relator, em voto datado de 3 de abril de 2014. Asseverou, em considerável excerto, que

[r]econhecida a mora do governo de São Paulo (ADI 2.492/SP⁴⁷), evidenciado o dano suportado pelos servidores públicos, que, pela ausência de lei específica concretizadora do comando normativo contido no art. 37, inc. X, da Constituição da República, viram-se privados da reposição do valor da moeda correspondente aos seus vencimentos, não paira dúvida quanto à possibilidade jurídica do pedido veiculado neste recurso e do fundamento legítimo deste recurso.

Por se tratar de omissão ilícita, o ressarcimento devido tem natureza reparatória [...]. (p. 19)

Outro importante trecho do voto da ministra demonstra que a discussão trata de mera “reposição do valor da moeda [...] nos mesmos períodos e nos mesmos índices, porque aqui não se trata de aumento, trata-se tão somente de **manter aquilo que, inicialmente, com outros padrões monetários, com outros valores são fixados**” (p. 21, grifos nossos).

Por último, CÁRMEN LÚCIA aduz que o entendimento do tribunal *a quo* (passagem transcrita nas páginas 66 e 67 deste trabalho) sobre a suposta falta de liame entre o dano e a atuação do Estado não merece guarida, na medida em que esse liame exigido é exatamente a determinação constitucional de legislar; conclui, com o relator, que a aplicação do índice oficial de inflação é devido para a recomposição do dano causado pela mora legislativa (pp. 28 e 29).

⁴⁷No julgamento da ADI 2.492 (2002, ministro relator Ilmar Galvão), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da mora do Governador do Estado de São Paulo em desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores estaduais. Conforme aduzido na nota de esclarecimento 37, entendemos que omissões nas hipóteses em que haja prazo expresso e renovável na Constituição, como ocorre com a revisão geral anual, caso cessem com eventual edição de lei posterior, serão novamente inconstitucionais (prescindindo-se de outra análise pelo Supremo) se, no período seguinte, voltar a ocorrer a mora. Seria absurdo e sem efeito a exigência de uma ADO a cada ano em que se configure a omissão.

Entretanto, por ainda haver insegurança do Judiciário acerca do tema, não se pode assegurar que prevalecerá a tese exposta pelo ministro relator. A insegurança intensifica-se quando se observam os notórios efeitos dessa decisão, que, certamente, será um marco para o reconhecimento ou não da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por omissões legislativas inconstitucionais.

Apenas para ilustrar, *in casu*, se procedente o pleito, o Estado de São Paulo será obrigado a indenizar os autores em razão do descompasso entre os reajustes porventura efetuados e a inflação dos períodos. Esse valor repercutirá no acúmulo de vencimentos, férias e 13º salários, além de haver a incidência de juros moratórios e correção monetária. Indubitavelmente, os valores são volumosos. Exatamente por isso, já figuram como interessados e assistentes no processo dezenas de entidades, o que inclui diversas associações e sindicatos de servidores públicos e vários Estados da federação.

O ministro LUÍS ROBERTO BARROSO⁴⁸, também no dia 3 de abril, abriu divergência na votação. Segundo ele, o disposto no inciso X do artigo 37 da Constituição não deve ser visto como um dever específico de que a remuneração seja objeto de aumentos anuais, menos ainda em percentual que corresponda à inflação apurada no período. Para ele, “revisão não significa modificação”: o Estado seria obrigado a avaliar anualmente a remuneração geral dos servidores, o que não significa necessariamente a concessão de aumento; em outras palavras, o chefe do Executivo teria o dever de se pronunciar anualmente e, de forma fundamentada, dispor sobre a conveniência e possibilidade de concessão de reajuste geral anual para o funcionalismo. Votando pelo desprovimento do recurso, BARROSO também manifestou preocupação com uma possível indexação ampla, geral e irrestrita.

No voto do ministro BARROSO, houve, em verdade, certa fuga do tema em questão. A avaliação posta na divergência parece esquivar-se da discussão acerca da possibilidade de responsabilização pelos danos causados pela omissão do legislador. Desvia-se o ponto crucial da controvérsia para uma conclusão que se contamina de ilegalidades: considerar que o aumento é indevido constitui ofensa à irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos, tendo em vista as notórias perdas inflacionárias; como MARCO AURÉLIO afirmou em seu voto (p. 15), chega à extravagância encaminhar-se projeto de lei estipulando

⁴⁸ As informações do voto de LUÍS ROBERTO BARROSO são da Assessoria de Imprensa do STF, publicadas no sítio eletrônico do Tribunal: <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=264096> (acesso em 21.05.2014). O ministro não permite a disponibilização de seus votos antes da publicação do acórdão, restando impossibilitado o acesso ao inteiro teor.

percentagem mínima de reajuste em flagrante desarmonia com a inflação do período. Igualmente, a menção à indexação da economia é um argumento abstrato, que revela a tentativa de mitigar imposições constitucionais com simples suposições.

A decisão promete longa discussão. Dos autos do RE 424.584, quando também posto à análise do Supremo o caso da revisão geral anual de vencimentos dos servidores públicos, pode-se visualizar entendimento contrário à responsabilização estatal, proferido pelos ministros JOAQUIM BARBOSA e GILMAR MENDES. Naquela ocasião (no ano de 2009), prevaleceu o afastamento da responsabilização, em contraposição ao voto do então ministro relator CARLOS VELLOSO, o que demonstra a incerteza de vingar a tese aqui defendida.

Na oportunidade, JOAQUIM BARBOSA, abrindo a divergência, asseverou que, para a responsabilização estatal, há de configurar-se dano especialíssimo em relação a quem postula a indenização. Por entender causados danos meramente genéricos, não considerou atendido o *princípio da especialidade*, o que seria exigido em matéria de responsabilidade civil. Entendemos, por tudo o que se tem demonstrado, que não merece guarida essa conclusão, pois se estaria autorizando o Estado à inércia lesiva e inconsequente. Outrossim, os danos são evidentes, não obstante atingirem uma grande massa de cidadãos.

Por sua vez, o ministro GILMAR MENDES caminhou com a divergência, mas por fundamento distinto. Não afastou a tese de cabimento da responsabilidade civil do Estado por omissão legislativa, indicando que a pretensão não implica substituição do legislador pelo magistrado; porém, não verificou a presença de todos os requisitos necessários para a procedência do pedido, que, segundo ele, seriam: (i) o reconhecimento da mora; e (ii) a permanência da omissão, considerando o decurso do prazo a partir da constituição em mora.

Para GILMAR FERREIRA MENDES, o primeiro requisito fora preenchido com o julgamento da ADI n.º 2.061/DF. Entretanto, o segundo, não, pois a União, logo em seguida, editou a Lei n.º 10.331/2001, que procedeu ao reajuste.

Pese embora a interessante anotação feita pelo ministro, não parece a mais correta. Isso porque, no caso demandado, a constituição em mora do Estado por Ação Direta nem sequer é necessária, uma vez que a Constituição expressamente prevê o **prazo anual** para a edição da lei. Assim, a inconstitucionalidade configura-se após o decurso desse lapso temporal. Nessa hipótese, negar o direito a indenização pelos danos anteriormente concretizados é perpetuar a impunidade do Poder Público.

No momento, os autos do RE 565.089 encontram-se no gabinete do ministro TEORI ZAVASCKI, que pediu vista após a manifestação de LUÍS ROBERTO BARROSO.

4.4 A solução à controvérsia — síntese dos patamares de admissão do direito a indenização

Por tudo o que se expôs até aqui, pode-se estabelecer patamares para o reconhecimento da responsabilidade em voga, de modo a propor soluções concretas à controvérsia. Essencialmente, para sua admissão, alguns requisitos devem ser preenchidos:

Em primeiro lugar, há que se considerar uma **norma constitucional que exija um ato legislativo para a concretização do direito então assegurado** — cuida-se das normas de princípio institutivo (organizativo) e de princípio programático que exigem a prática de atividades legislativas, normas essas que fazem parte da espécie de preceitos de eficácia limitada ou reduzida.

Caso não atendido o comando, deve-se verificar se restou **caracterizada ou não a inconstitucionalidade da omissão**. Para as normas cujo período de efetivação encontra-se no próprio texto constitucional, configura-se a inconstitucionalidade logo que findado esse lapso temporal. Quando não há a fixação de prazo, faz-se necessário um juízo de razoabilidade, realizado pelo Judiciário em cada caso específico.

Configurada a inconstitucionalidade por decurso do lapso temporal previsto na norma constitucional, nasce o primeiro aspecto do dever de indenizar. Na hipótese de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, essa dimensão surge após transcorrido prazo desrazoável, aferido em cada caso, sem que o legislador empenhe seus esforços para concretizar o preceito.

Cuida-se do surgimento da primeira dimensão do dever de indenizar pois, nesse momento, pode-se verificar a inviabilização ao exercício de direitos, liberdades e prerrogativas garantidos pela Constituição. É o que afirma ANDRÉ PUCCINELLI JÚNIOR (2013, p. 247):

Numa típica e perversa relação de causa e efeito, o comportamento negativo do legislador, ao negligenciar a regulamentação das disposições do texto magno, acaba inviabilizando o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas assegurados na Lei Maior. Sobre evidenciar completo desprezo pelos direitos fundamentais, a inércia dos poderes constituídos acarreta a erosão da consciência constitucional, uma das mais graves formas de patologia jurídica.

Rigorosamente, por existir essa forma de *ofensa disfarçada* à Carta Magna, declarava PONTES DE MIRANDA: “se o direito penal fosse mais realista, seria esse o crime maior” (*apud* BRAGA NETTO, 2012, p. 148).

Restará, apenas, a demonstração concreta do **dano** — como visto, inclui-se o dano moral, que possui, nas hipóteses em tela, caráter probatório *in re ipsa* — **e a efetiva correlação entre a ofensa e a omissão do legislador, isto é, o nexo de causalidade**, sem qualquer de suas excludentes.

Para ilustrar, imagine-se um caso em que a falta de um preceito legal tenha inviabilizado a concretização de uma política pública voltada à saúde pública, como uma lei autorizando a abertura de crédito adicional para a compra de vacinas. A mortalidade proveniente da falta desse serviço público constitui elemento essencial para a caracterização do dano, podendo-se falar em dever de indenizar. Em contraposição, suponha-se que a lei fosse editada, a compra de vacinas realizada e, ainda assim, os indivíduos houvessem falecido, em virtude de uma mutação genética do vírus. No segundo caso, não há nexo de causalidade entre o dano e a ação do Estado (que, frise-se, não se omitiu, tendo atuado na medida de suas possibilidades) (VIOLA, 2006, pp. 375 e 376).

Concluindo, presentes o dano direto e o nexo causal relativamente à inércia omissiva inconstitucional, merece prosperar a procedência de eventual **ação de indenização em face do Estado** — estabelecido esse cenário, portanto, há responsabilidade civil do Poder Público.

5 CONCLUSÃO

Na ordem constitucional brasileira atual, a noção de *efetividade* possui extremo relevo. Trata-se da percepção da *eficácia social* da Constituição, ou seja, da materialização de todo o direito construído em teoria pelo constituinte.

Quando se leva essa discussão ao âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado, com atenção ao caminho traçado desde suas primeiras cogitações, observa-se a necessidade de ampliação dos imaginários tradicionais de aplicação do instituto.

Isso acontece porque as concepções atuais do conteúdo constitucional exigem atuações do Estado com fins à sua concretização plena; incumbe ao legislador cumprir as normas ali presentes que dependem de sua atuação, para que manifestem plenamente os efeitos pretendidos. Em outros termos, deve haver sempre o propósito de maior cumprimento possível da Constituição, porquanto sua efetiva aplicação implica a conferência do maior arcabouço de direitos teoricamente imaginados, para o alcance de uma sociedade livre, justa e solidária.

A discricionariedade perde espaço, devendo pautar-se o legislador pela atenção aos princípios constitucionais, como salienta LUVIZOTTO (2012, p. 193):

Há que se ressaltar que o campo da discricionariedade não é mais compreendido como um espaço aberto a escolhas puramente subjetivas — nem para o âmbito administrativo, nem para o âmbito legislativo —, tendo sido alicerçados, ao longo dos anos, limites para a sua configuração, sendo o mais recente deles o decorrente da incidência dos princípios — tanto constitucionais quanto legais — a pautar essa margem de liberdade. Nesse sentido, é preciso afirmar que o delineamento constitucional, se não é uma reserva total, nem um bloco densamente vinculativo que torne o legislador um mero executor, não permite também o arbítrio, o próprio descompromisso para com o seu texto, razão pela qual se pode concluir, com Vanice Regina Lírio do Valle⁴⁹, que o comportamento omissivo é deslegitimado quando a abstenção entra em confronto com o próprio traçado constitucional, prejudicado em sua efetividade pela omissão.

Nesse cenário, ganha relevância o que no direito alemão denomina-se *Untermassverbot*, termo traduzido como *proibição da insuficiência*. Cuida-se da imprescindibilidade de o Estado atuar positivamente para garantir a eficácia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, isto é, fala-se em um *dever geral de proteção*. Esses aspectos caracterizam o que se pode chamar de *quarta fase da responsabilidade civil do*

⁴⁹Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 165.

Estado, que retrata exatamente a evolução interpretativa do instituto com vistas às novas exigências que a ordem constitucional demanda.

Deve-se evitar a insuficiência da proteção estatal aos direitos constitucionalmente consagrados; para tanto, previu o constituinte algumas ferramentas jurídicas. Relativamente à omissão legislativa, temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção como meios para alcançar a declaração de sua inconstitucionalidade e o consequente apelo ao legislador, para que proceda à concretização do preceito debatido em cada caso.

Se, após instado a atuar positivamente, ou perante prazo previsto pela própria constituição, permanece inerte o legislador, de modo a lesar a esfera jurídica de terceiros, surge o primeiro ângulo por que se pode considerar plausível a responsabilização estatal — lembremo-nos, também, que, como incidente em demandas postas a juízo, podem os magistrados reconhecer a inconstitucionalidade lesiva de eventuais omissões.

Em tais hipóteses, se configurado o dano direto — que pode ser, também, puramente moral — e existente efetiva correlação com a omissão legislativa, nasce o direito a indenização. E não se pode afastar esse reconhecimento com os argumentos descritos nesta obra, simplistas e inseguros, que são tradicionalmente proferidos por alguns de nossos tribunais e doutrinadores.

Impõe-se o dever de indenizar, *in summa*, porque (i) não se pode conceber a inoperância do texto constitucional, destituindo-lhe de sua força normativa; (ii) as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme assegura a própria Carta Magna (artigo 5º, parágrafo primeiro), tornando-se inadmissível o atraso em sua concretude e efetivação; (iii) o Judiciário não pode se eximir da análise de lesão ou ameaça de lesão a direito, como preceitua o artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88; (iv) o Poder Público não pode lograr vantagem mediante ato omissivo contrário à Constituição, isto é, enriquecer-se sem causa; e (v) não se pode perder de vista a força coercitiva das decisões declaratórias de omissão inconstitucional, tornando-as meros *conselhos infrutíferos*.

Falta reconhecimento para a questão. Observa LUIZ CONCI (BENACCHIO; GUERRA; PIRES (org.), 2010, p. 1056) que, na América Latina, por exemplo, onde a maioria dos países já apresenta formas de controle jurisdicional das omissões legislativas,

apenas a constituição de Rio Negro, província argentina, trata expressamente do direito a indenização por decorrência dessa omissão.⁵⁰

Na mesma discussão, CONCI (p. 1058) ressalta que a adoção dessa medida seria um meio termo entre a mera notificação do Congresso e a decisão judicial com caráter eminentemente legislativo. Com essa concepção, os juízes atuariam de forma prudente, “sem que outros expedientes, como o silêncio, decorrente de anos aguardando decisões, ou o excessivo recurso à análise formal dos processos, tenham de ser usados como eventuais subterfúgios para protelar ou negar decisões”.

Sobretudo, precisa-se entender que o reconhecimento dessa possibilidade levará a maiores discussões acerca das consequências dos atos legislativos e da necessidade de previsões orçamentárias que atentem aos ditames sociais e constitucionais. O enfrentamento da questão — abandonando-se sua constante mitigação com fatores abstratos e desconexos, como têm feito os tribunais —, certamente será um passo importante para o sistema constitucional.

Por todas as perspectivas apresentadas, torna-se evidente a necessidade de admissão do direito dos indivíduos à indenização debatida.

⁵⁰Artículo 207. El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: [...] d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida — exenta de cargos fiscales — por quien se siente afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

REFERÊNCIAS

DOCTRINA:

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal**. 2013. 91 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca (org.). **Responsabilidade civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DULAURE, Jacques-Antoine. *Histoire civile, physique et morale de Paris*. vol. 6. Atlas: Paris, 1829.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERREIRA, Aparecido Hernani. **Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos sociais: cidadania, política e justiça**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Responsabilidade civil do Estado legislador: atos legislativos inconstitucionais e constitucionais**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2010.

MARTINS, Leonardo (org.); SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 1 de março de 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO — Comentários à Lei n. 9.868/99**. 1. ed. (Série EDB). São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. **Palestra proferida na Assembleia da República, em comemoração ao 20º aniversário do Provedor de Justiça português**. 30 de novembro de 1995. Disponível em http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Sessao20Anos_textos.pdf. Acesso em 18.05.2014.

PASSARINHO, Clarissa y Amoedo de Velloso. **Para além da função reparatória: o dano social e as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil**. 2013. 57 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

PASSOS, J. J. Calmon. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data: constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUINTAS, Fábio Lima. **O Mandado de Injunção perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito. São Paulo: 2013.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. **A Proibição da Insuficiência e o STF: Há Controle de Proporcionalidade da Omissão Estatal?** São Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lênio L. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 19.05.2014.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

VIOLA, Luis Armando. **Normas programáticas e a omissão legislativa**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 7, n. 8, p. 359-377, jan./jun. 2006.

PROCESSOS JUDICIAIS:

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **RE 565.089. Parecer n.º 7024.2008-WM**, pela procedência do Recurso Ordinário, emitido pelo Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto. Recorrentes: Rubens Orsi de Campos Filho e Outros. Recorrido: Estado de São Paulo. Parecer de 25.04.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 802.435. Acórdão em Recurso Especial**. Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Marcos Mariano da Silva: Relator Ministro Luiz Fux: Primeira Turma, 19.10.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3682. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 06.09.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 104.410. Acórdão em Habeas Corpus**. Paciente: Aldori Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 984.616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Segunda Turma. DJe de 27.03.2012

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 422.941. Acórdão em Recurso Extraordinário**. Recorrente: Destilaria Alto Alegre S/A. Recorrida: União. Publicação no DJ em 24.03.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 565.089. Votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio (Relator), Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso**. Recorrentes: Rubens Orsi de Campos Filho e Outros. Recorrido: Estado de São Paulo. Voto de 09.06.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 716.777. Acórdão em Recurso Extraordinário**. Recorrente: União. Recorrida: Célia de Souza Oliveira. Ministro Relator Celso de Mello. Segunda Turma. Publicação no DJe em 16.05.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 339**. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13.12.1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 148.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AC 391.415.5/1-00. Acórdão em recurso de Apelação**. Recorrentes: Rubens Orsi de Campos Filho e Outros. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator Desembargador Borelli Thomaz. Décima Terceira Câmara de Direito Público. Publicado em 19.04.2007.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **EI 70049397458/RS. Processo n.º 0246336-54.2012.8.21.7000. Acórdão em Embargos Infringentes**. Embargante: Alda Cavalheiro de Quevedo. Embargado: Município de Pelotas. Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges. Décimo Primeiro Grupo Cível. DJ de 16.10.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **AC 595116-0. Acórdão em recurso de Apelação**. Apelante: Wanderley Francisco de Souza. Apelado: Estado do Paraná. Relator Desembargador Paulo Roberto Vasconcelos. 3ª Câmara Cível. Acórdão de 01.09.2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AC: 772 MS 0000772-38.2004.4.03.6002. Acórdão em recurso de Apelação**. Relatora Juíza Convocada Raecle Baldresca. Quarta Turma. Acórdão de 19.07.2012.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC: 77439 RS 2003.71.00.077439-4. Acórdão em Recurso de Apelação**. Apelante: União Federal. Apelado: Adão Geraldo de Freitas. Relator Desembargador Luiz Carlos de Castro Lugon. Turma Suplementar. DJ 25.10.2006.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AC 8004626320124058200. Acórdão em recurso de Apelação**. Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Quarta Turma. Acórdão de 17.12.2012.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL. **Constituição de 1824**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824.

_____. **Constituição de 1891**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891).

_____. **Constituição de 1934**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934).

_____. **Constituição de 1946**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946).

_____. **Constituição de 1967**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

_____. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. **Código Civil de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (1º de janeiro de 1916).

_____. **Código Civil de 2002**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei n 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. **Decreto n.º 20.910**, de 6 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal.

_____. **Emenda Constitucional n.º 1**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.

_____. **Lei n.º 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

_____. **Lei n.º 9.494**, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.

_____. **Lei n.º 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

_____. **Lei n.º 10.101**, de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 2 de abril de 1976.

SÃO PAULO. **Lei n.º 10.177**, de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. DOE de 31.12.1998.